

THÈSE DE

PARIS.

1889

N^o. 82.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES ACTIONS QUI NAISSAIENT DES LEGS

AU PROFIT DES LÉGATAIRES

DROIT FRANÇAIS

DES CONDITIONS

EXIGÉES POUR LA

CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

EN FRANCE, ALLEMAGNE, BELGIQUE, ITALIE,
ROUMANIE ET SUISSE

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Constantin-Georges MARINESCO

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1889

A LA MÉMOIRE

DE

MON PÈRE ET DE MA MÈRE

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



SAR-LE-DUC

DROIT ROMAIN

DES ACTIONS QUI NAISSAIENT DES LEGS

AU PROFIT DES LÉGATAIRES

DROIT FRANÇAIS

DES CONDITIONS

EXIGÉES POUR LA

CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

EN FRANCE, ALLEMAGNE, BELGIQUE, ITALIE, ROUMANIE ET SUISSE

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 17 Janvier 1889, à une heure après-midi

PAR

Constantin-Georges MARINESCO

PRÉSIDENT : M. LYON-CAEN

SUFFRAGANTS

MM. DESJARDINS
LÉON MICHEL
CHAVEGRIN

PROFESSEUR

AGRÉGÉS



PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1889

La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN.

DES ACTIONS

QUI NAISSAIENT DES LEGS

AU PROFIT DES LÉGATAIRES.

INTRODUCTION.

Pour qu'un legs fût valable chez les Romains, il fallait remplir de nombreuses conditions, tant de fond que de forme, qui toutes avaient pour sanction la nullité de la disposition testamentaire. L'exigence des conditions de fond était facilement explicable; mais pourquoi les legs, pour être valables, devaient-ils revêtir certaines formes déterminées? C'était à cause du formalisme, tout-puissant à l'origine, qui s'expliquait lui-même par la manière dont la justice était rendue à Rome.

Le formalisme romain qui régissait presque tous les actes destinés à produire des effets juridiques, s'appliquait avec la même rigueur aux dispositions testamentaires. Pour faire une stipulation ou un legs, on devait

employer les mots spécialement désignés à chacun de ces actes; avait-on employé un mot à la place d'un autre, même si le sens de la disposition n'avait pas changé, on risquait de voir son intention méconnue. Quand, par exemple, voulant faire un legs de créance, on avait dit *do, lego*, le legs était nul, comme mal formulé; la forme du legs de créance étant : *heres meus damnas esto*, etc. C'est avec raison qu'on a dit que, à l'origine, chez les Romains, les intentions n'avaient pas de force et les mots étaient tout-puissants.

Avec ce formalisme qui ne connaissait pas de bornes, le testateur devait faire plus grande attention aux mots qu'il employait, s'il voulait que ses volontés fussent obéies.

Plus tard, comme nous aurons l'occasion de le voir, les Romains se lassèrent de tant de formalisme et pour des actes aussi fréquents que les legs, ils s'en départirent de plus en plus.

Ce sont les formes extérieures des legs en droit romain qui vont faire l'objet de notre étude, car c'était d'elles que dépendaient les actions ouvertes aux légataires pour se faire mettre en possession des objets légués. Ces formes qui au début devaient être strictement observées tendirent peu à peu à se confondre, et les actions auxquelles elles donnaient naissance purent être employées indéfiniment au libre choix du légataire. On alla bien plus loin et pour que la volonté du testateur risquât moins d'être inexécutée, et que les légataires fussent plus à l'abri de l'insolvabilité de l'héritier, on leur accorda une hypothèque légale qui les soustrayait le plus souvent aux conséquences de cette insolvabilité.

Nous diviserons cette étude sur les actions qui naissaient des legs au profit des légataires, en trois périodes. La première, que nous appellerons période du *formalisme strict* qui embrasse l'époque où la forme extérieure du legs déterminait l'action que le légataire pouvait seul intenter pour obtenir la chose léguée sans qu'aucune autre lui fût ouverte; la deuxième période, que nous appellerons la période du *formalisme adouci* commence à l'époque où le sénatus-consulte Néronien et son extension par la jurisprudence tempérèrent l'excessive rigueur des formes et donnèrent au légataire le choix entre l'action *ex testamento* et la *revendicatio*; enfin la troisième période, est la période de liberté marquée par Justinien qui décida qu'il n'y aurait plus qu'une seule espèce de legs, et que le légataire aurait le libre choix de réclamer l'objet légué soit par l'action *ex testamento*, soit par la revendication, soit enfin par l'action hypothécaire.

C'est une période de *grande liberté*.

PREMIÈRE PÉRIODE.

CHAPITRE I.

LE FORMALISME STRICT

§ 1.

L'objet de notre étude n'est pas d'examiner quelles étaient les conditions de fond nécessaires pour la validité des legs; nous supposerons ces conditions accomplies et nous rechercherons de quelle forme le testateur devait revêtir ses dispositions et comment le légataire pouvait obtenir les « *Donationes testamento relictæ*, » comme dit Modestin ⁽¹⁾ dont il était le titulaire.

Avant de nous occuper des différentes actions que le légataire pouvait avoir suivant la forme extérieure du legs, voyons sommairement quelles étaient les différentes espèces de legs que la législation romaine mettait à la disposition de celui qui voulait *donare post mortem*.

§ 2.

Il y avait quatre manières de léguer, ou plutôt pour léguer, choisir entre quatre formules consacrées que

(1) L. 36, D. 2^o, 31.

Gaius nous fait connaître : les formules *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo* et *per præceptionem* ⁽¹⁾. Sous Justinien, il n'en fut plus de même ⁽²⁾. « Sed olim erant legatorum genera quatuor, » nous dit l'empereur...; et plus loin dans le même paragraphe, il nous explique dans un style emphatique qui lui est familier, l'unification des legs opérée sous son règne... « defunctorum voluntates validiores esse cupientes et non verbis sed voluntatibus eorum faventes disposuit ⁽³⁾ ut legatis una sit natura. » Cette simplification de la forme des legs eut pour conséquence nécessaire une sorte d'unification des actions qui compétaient au légataire pour obtenir l'objet légué.

§ 3.

Renfermons-nous d'abord dans la période du pur formalisme et connaissant d'après Gaius les quatre espèces de legs, recherchons quelle action le légataire pouvait mettre en mouvement pour obtenir ce qui lui a été laissé par le testateur. Cette action variait suivant la formule du legs; chaque espèce de legs avait une formule qui lui était propre. Le § 193 au II^e *Comm.* de Gaius, nous donne les formules de quatre espèces de legs énumérés dans le précédent paragraphe du même commentaire. La lecture de ces formules, nous montre ce que nous avons déjà indiqué, que ce qui constitue la différence entre les legs, ce sont les mots employés à leur énonciation. Les Romains, for-

(1) II, § 192.

(2) *Inst.*, II, § 2.

(3) *Nostra constitutio, eodem.*

malistes jusqu'à l'excès, ne permettaient pas d'employer un mot différent de celui que la nature de l'acte exigeait; toute infraction à cette règle entraînait la nullité de l'acte qu'on aurait voulu faire valablement.

Cette rigueur s'expliquait par le désir de simplifier les procès et d'en diminuer autant que possible le nombre. Il ne fallait pas que le juge, simple particulier, fût embarrassé quand il avait à juger une affaire; son rôle se réduisait à examiner si l'on s'était conformé aux formules exigées par les lois; sinon tout était irrégulier et la prétention était écartée. Cette manière de rendre la justice imposait une attention toute particulière aux Romains qui voulaient faire des dispositions valables.

« Bien que le langage ne soit pas toujours la fidèle
« reproduction de la pensée — dit un éminent roma-
« niste — le juré (le juge) devra tenir pour exact et
« complet ce qui a été dit et ne connaître la pensée que
« par le signe extérieur employé pour la révéler, la
« coutume redoute plus l'arbitraire de celui-ci que la
« rigueur du droit, une injustice qu'une appréciation
« inexacte ou erronée; on peut éviter celle-ci en con-
« sultant d'avance un jurisconsulte, étant prévoyant :
« *jura vigilantibus scripta sunt*; il est beaucoup plus
« difficile d'échapper à celui-là ⁽¹⁾. »

Telle était la théorie romaine, en matière de legs. Occupons-nous en détail de chaque espèce de legs et insistons surtout sur l'action que le droit naissant du legs mettait, suivant sa nature, à la disposition du légataire.

(1) M. Gérardin, *Le legs de la chose d'autrui*. — *Nouvelle revue historique*, décembre 1887.

CHAPITRE II.

DU LEGS PER VINDICATIONEM.

§ 1.

Qu'était-ce qu'un legs *per vindicationem*? Le legs *per vindicationem* était ainsi appelé parce que l'objet légué devenait, aussitôt après l'addition d'hérédité, la propriété du légataire, « quia post aditam hereditatem statim ex jure quiritium res legatarii fit ⁽¹⁾; » il s'ensuivait (c'est encore Gaius qui nous le dit) que pour obtenir de l'héritier ou du tiers qui en était possesseur la chose qui lui avait été léguée, le légataire devait la revendiquer. C'est ce que nous dit aussi Papinien ⁽²⁾ : « Recta viâ dominium quod hereditatis fuit ad legatarium transeat nunquam factum heredis. » Il suffit donc que l'héritier fasse addition d'hérédité pour que la chose léguée entre, en droit, dans le patrimoine du légataire et que celui-ci ait l'action en revendication pour la réclamer.

Mais pour que le légataire devînt immédiatement propriétaire de la chose léguée, il fallait que le défunt fût lui-même propriétaire de la chose dont il avait

(1) Gaius, II, § 194.

(2) F. 80, D. 2^o, 31.

disposé en faveur du légataire, cette condition est indiquée par Gaius ⁽¹⁾ : « eæ autem solæ res, — dit-il, — per vindicationem legantur, quæ ex jure quiritium ipsius testatoris sunt. » En outre, la propriété de la chose léguée devait avoir appartenu au testateur, non seulement au jour de sa mort, mais encore au jour de la confection du testament ; sinon le legs était nul. Cette règle n'était pas applicable aux choses *qui pondere, numero mensurave constabant* qui pouvaient faire l'objet d'une disposition testamentaire, pourvu que le testateur en eût la propriété au jour de sa mort... « Sed eas quidem quæ pondere numero mensura constant placuit sufficere si mortis tempore sint ex jure quiritium testatoris, veluti vinum, oleum frumentum pecuniam numeratam ⁽²⁾. » Si dans l'intervalle de la confection du testament à la mort du testateur, la chose avait été aliénée, le legs *per vindicationem* n'en était pas moins valable.

C'est de la propriété quiritaire de l'objet légué que le testateur devait être investi. D'où il résulte que si le testateur avait la chose *in bonis*, ou bien le legs *per vindicationem* portât sur un fonds provincial non susceptible de propriété quiritaire, la disposition était nulle.

Pour savoir à quel moment le légataire devenait propriétaire de la chose léguée, à quel moment par conséquent, il pouvait en réclamer la possession par la revendication, il faut distinguer deux hypothèses : le legs était-il pur et simple, était-il conditionnel ?

(1) Gaius, II, § 196.

(2) Gaius, II, *eodem*.

§ 2.

Quand le legs était pur et simple, le légataire, dirons-nous avec Gaius, devenait, aussitôt après l'addition d'hérédité, propriétaire de l'objet légué. L'héritier ne faisait-il pas addition, les dispositions testamentaires, y compris les legs, étaient mises à néant. L'addition décidait du sort du testament, quand elle n'avait pas lieu, les legs restaient sans effet; car c'était un principe chez les Romains que l'« *institutio est caput et fundamentum totius testamenti*; » et, en conséquence, si l'héritier *non adiebat hereditatem*, l'inefficacité de l'institution entraînait celle de tout le testament. Mais si l'héritier faisait addition, le testament entier produisait son effet et le légataire devenait aussitôt propriétaire de l'objet légué. Il avait donc aussitôt droit à la revendication.

Toutefois, une grave controverse que Gaius nous fait connaître, s'était élevée entre les interprètes en ce qui concernait la propriété de la chose léguée pendant le temps qui s'écoulait entre l'addition d'hérédité et l'acceptation du légataire. Le dissentiment était complet entre les deux écoles des Proculiens et des Sabiniens; au dire de Gaius ⁽¹⁾, les Proculiens l'emportèrent. Ils soutenaient que pendant l'intervalle entre l'acceptation du légataire et l'addition, la chose léguée était *res nullius*, parce qu'elle ne pouvait être ni à l'héritier puisque « *post aditam hereditatem statim res legata legatarii fit*, » ni au légataire puisqu'il ne

(1) V. II, § 193.

l'avait pas acceptée. Ce qu'il y avait de particulier dans la doctrine proculienne, c'est que l'acceptation ultérieure du légataire n'avait aucun effet rétroactif. Au contraire, les Sabinien, l'adition une fois faite, attribuaient l'objet légué au légataire même à son insu; son acceptation ne faisait que lui maintenir un droit dont il était déjà investi; s'il répudiait on le considérait comme n'ayant jamais eu la propriété de l'objet légué qui était censé avoir appartenu à l'héritier depuis l'adition. Gaius nous apprend que la controverse fut tranchée en faveur de l'opinion proculienne par un rescrit d'Antonin le Pieux.

Un savant commentateur du droit romain estime néanmoins que l'opinion des Sabinien a dû triompher; il s'appuie sur plusieurs textes qui font produire aux legs *per vindicationem* des effets qui ne se comprennent que dans la théorie sabinienne ⁽¹⁾.

Quant aux textes de Gaius, M. Accarias prétend que ce jurisconsulte s'est mépris sur le vrai sens du rescrit d'Antonin le Pieux ⁽²⁾. — Cette controverse n'ayant pas pour nous d'intérêt, nous ne croyons pas nécessaire d'entrer dans des plus amples détails et de prendre parti dans un sens ou dans l'autre. Constatons seulement que, quelle que soit celle des opinions en présence que l'on adopte, la nature du droit du légataire *per vindicationem* est toujours la même, puisque toutes deux lui accordent la *revendication*.

(1) V. M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 866.

(2) *Ibidem*, n. 2.

§ 3.

Quand le legs *per vindicationem* était conditionnel, l'objet légué n'appartenait au légataire qu'à l'événement de la condition; c'est alors seulement qu'il pouvait intenter la *revendicatio*. Quel était son droit, *pendente conditione*? Les deux écoles étaient en désaccord sur ce point. Selon les Sabinien, la chose léguée appartenait provisoirement à l'héritier, et à l'événement de la condition, passait sans effet rétroactif dans le patrimoine du légataire. Les Proculien, au contraire, prétendaient que *pendente conditione*, la chose léguée était *res nullius* et qu'elle devenait la propriété de l'héritier ou du légataire suivant que la condition défaillait ou s'accomplissait. Plusieurs textes contiennent des décisions qui confirment l'opinion sabinienne ⁽¹⁾. Ces textes permettent à l'héritier de revendiquer la chose léguée, lui donnent droit à ses fruits, lui permettent de l'hypothéquer et même de l'aliéner, droits qui s'évanouissent à l'événement de la condition ⁽²⁾.

Pendente conditione, le légataire se trouvait dans une position expectative; il n'avait pas droit à la revendication; mais on le mettait à l'abri de l'insolvabilité future de l'héritier en lui permettant de demander la *cautio legatorum*. Nous verrons en détail un peu plus loin en quoi consistait cette sûreté et quelle était son efficacité.

(1) L. 66, *De revind.*, D. VI, 4; L. 32, § 1, *De leg.*, 2^o, D. XXXI.

(2) L. 13, § 1, *De pign. et hypoth.*, D. XX, 1; L. 11, § 1, *Quemad. servit. amitt.*, D. VIII, 6.

§ 4. — *Revendication de la chose léguée.*

Pour faire valoir son droit de propriété sur l'objet légué, le légataire avait à sa disposition, comme nous l'avons déjà dit, l'action en revendication. Cette revendication était une action réelle, tendant à remettre en possession de la chose revendiquée celui qui en était propriétaire et qui en avait perdu la possession. Pour intenter la revendication, il fallait pouvoir se prévaloir d'un titre qui conférât la propriété quiritaire; le légataire *per vindicationem* avait pour titre le testament. Quand le légataire était déjà en possession de la chose léguée, il n'avait pas besoin d'intenter la revendication; il n'en avait même pas le droit. En conséquence, le légataire était-il dépositaire ou commodataire de la chose léguée, il n'avait qu'à la conserver, au besoin, à l'aide des interdits possessoires. Ces interdits possessoires lui donnaient la position de défendeur dans le procès en revendication, position très avantageuse, car c'était au demandeur à prouver son droit de propriété; s'il ne parvenait pas à l'établir, il était débouté de sa demande.

Le légataire qui n'était pas en possession avait la revendication, mais contre qui pouvait-il l'intenter? Contre l'héritier et en général, contre tout possesseur. Le légataire, rendu propriétaire par le legs *per vindicationem*, avait un droit absolu, opposable à tous; il pouvait revendiquer l'objet légué entre les mains de tout détenteur.

Aucun texte ne nous le dit, mais les règles générales relatives au droit de tout propriétaire qui n'était

pas en possession, s'appliquaient assurément aux légataires.

Nous n'insisterons pas davantage sur ce point, car la revendication ne fait pas l'objet de notre étude, et ne nous intéresse qu'incidentellement, comme moyen d'obtenir la chose léguée *per vindicationem*. Toutefois, il n'est pas inutile de mentionner que le légataire, par suite du mauvais vouloir du défendeur et du formalisme de la procédure romaine, au moins jusqu'à une certaine époque, pouvait n'obtenir que l'estimation de la chose, bien qu'il eût droit à la chose elle-même.

Notons enfin une particularité relative aux accessoires de la chose auxquels le légataire avait droit comme tout propriétaire. En matière de legs, il y avait lieu de distinguer entre les *fruits* et les *intérêts*.

Les fruits appartenaient au légataire dès l'adition, quand le legs était translatif de propriété, à moins peut-être que l'héritier ignorant le legs, ne pût invoquer sa position de possesseur de bonne foi ⁽¹⁾. A cet égard, le legs *per vindicationem* se distinguait des autres legs qui ne donnaient droit aux fruits qu'à partir de la *litis contestatio*, et cela en vertu d'une règle applicable à toute *condictio* par laquelle on voulait acquérir la propriété d'une chose dont on n'était pas encore propriétaire ⁽²⁾.

Quant aux intérêts, une règle absolue défendait au légataire d'y prétendre, même à partir de la *litis contestatio*. Cette règle rigoureuse reçut un tempérament

(1) L. 40, D. xli, 1.

(2) L. 38, § 7, D. xxii, 1.

dans le legs *sinendi modo*, pour lequel on admit que l'héritier devrait les intérêts du jour de la mort, sous le prétexte, sans doute, que la formule du legs l'obligeait plus strictement à se priver de la jouissance des sommes léguées dès que le légataire manifestait la volonté de les obtenir.

CHAPITRE III.

DU LEGS PER DAMNATIONEM.

§ 1.

« Per damnationem hoc modo legamus : heres meus stichum servum meum dare damnas esto, sed et si dato scriptum sit, per damnationem legatum est ⁽¹⁾. » On léguait *per damnationem*, nous dit Gaius, en s'exprimant ainsi : *heres meus damnas esto dare*, ou bien *heres meus dato*; on obligeait par ces paroles l'héritier à donner, à transférer la propriété au légataire, tandis que par le legs *per vindicationem*, avons-nous vu, le légataire devenait propriétaire de la chose léguée par le seul effet de la disposition testamentaire. La forme *per damnationem* est la plus large de toutes; le testateur, en l'employant, risquait moins qu'en se servant des autres de voir sa disposition inexécutée par suite d'un vice de formule. Les conditions requises

(1) Gaius, II, § 201. Ulp., *Regul.*, 24, § 4.

pour la validité de ce legs étaient moins rigoureuses, et le testateur pouvait léguer *per damnationem* même la chose d'autrui, auquel cas l'héritier était obligé de l'acheter pour la fournir au légataire ou bien de lui en procurer l'estimation. On pouvait aussi léguer en cette forme les choses qui n'existaient pas encore, mais dont la naissance était espérée, les fruits que tel fonds produirait, le part de telle esclave, etc. Cela nous est attesté par Gaius ⁽¹⁾ et par Ulpien : « Per damnationem omnes res legari possunt, nous dit ce dernier ⁽²⁾, etiam quæ non sunt testatoris dummodo tales sint quæ dari possint. — Liber homo aut res populi, aut sacra, aut religiosa nec per damnationem legari potest; quoniam dari non potest. »

La forme *per damnationem* étant plus commode pour le testateur que la forme *per vindicationem*, les juriconsultes l'appelaient l'*optimum jus legati* ou bien l'*optimum jus* tout simplement ⁽³⁾. Tel Gaius : « Optimum autem jus est per damnationem legatum, quo genere etiam aliena res legari potest sicut inferius apparebit; » et Ulpien ⁽⁴⁾ : « Optimum autem jus legati per damnationem est. »

§ 2.

Le legs *per damnationem* ne procurait au légataire qu'un droit de créance contre l'héritier et non pas

(1) II, § 202 et 203.

(2) *Regul.*, 24, § 8, et 9.

(3) V. Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 957, et Ortolan (éd. Labbé), t. I, p. 571.

(4) *Regul.*, 24, § 11^a.

un droit de propriété sur la chose léguée : « Quod autem ita legatum est per damnationem, nous dit Gaius, post aditam hereditatem etiamsi pure legatum est, non ut per vindicationem legatum, continuo legatario acquiritur sed nihilominus heredis est ⁽¹⁾. » En conséquence, ce qui avait été légué *per damnationem*, fût-ce même purement et simplement, n'était pas acquis au légataire comme dans un legs *per vindicationem* par le fait seul de l'addition d'hérédité; mais l'objet légué appartenait à l'héritier. Le légataire, s'il n'était pas propriétaire de l'objet légué, avait un droit dont il pouvait se prévaloir. Mais de quelle manière? Gaius nous l'apprend dans le même paragraphe du même commentaire : « Ideo legatarius in personam (heredis) agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere; et tum heres (rem) si mancipi sit mancipio dare aut in jure cedere possessionemque tradere debet si nec mancipi sit sufficit si tradiderit. Nam si mancipi rem tantum tradiderit, nec mancipaverit usucapione demum pleno jure fit legatarii : finitur autem usucapio, ut supra quoque diximus, mobilium quidem rerum anno, earum vero quæ solo tenentur biennio. » Le légataire devait agir contre l'héritier (intenter contre lui une action personnelle) et conclure à ce que l'héritier lui procurât l'objet légué, ou accomplît ce que le testateur lui avait imposé; si la chose léguée était une *res mancipi*, l'héritier lui faisait mancipation ou cession *in jure* de la propriété et tradition de la possession; si l'objet légué était une *res nec mancipi*, il suffisait de lui

(1) II, § 204.

en faire tradition. Si la chose étant *mancipi*, l'héritier n'en avait fait que tradition, l'usucapion faisait acquérir au légataire la pleine propriété. L'usucapion était d'un an si la chose était mobilière, et de deux ans si elle était immobilière.

Comme il ressort de ce texte et de tous ceux qui parlent du legs *per damnationem*, la disposition testamentaire ne faisait naître au profit du légataire qu'un droit personnel contre l'héritier; tandis que le legs *per vindicationem* était un legs de propriété, le legs *per damnationem* n'était qu'un legs de créance ⁽¹⁾. En qualité de créancier, le légataire *per damnationem* était muni d'une action personnelle, l'*actio* ou *condictio ex testamento*.

§ 3.

La *condictio ex testamento*, comme d'ailleurs toutes les *condictiones* en droit romain, était une action de droit strict. Dans la première période du droit qui nous préoccupe en ce moment, la loi qui fixait strictement les formules auxquelles le testateur était forcé de recourir pour léguer valablement, était munie d'une sanction rigoureuse. Le formalisme prédominait non seulement dans les formes extérieures des obligations, mais aussi dans les actions qui en assuraient l'exécution. Aussi les Romains sanctionnaient-ils le legs *per damnationem* par une action de droit strict; dans une pareille action, le juge avait un pouvoir d'appréciation moins large que dans les actions de bonne foi. Ces dernières dérivait, pour la plupart, des contrats qui dou-

(1) V. Ortolan, *Droit romain* (éd. Labbé), t. I, p. 371.

naient naissance à des obligations réciproques, synallagmatiques; les contrats unilatéraux, eux, étaient sanctionnés par des actions de droit strict. Il en était de même pour les quasi-contrats. Le quasi-contrat qui liait l'héritier envers le légataire et qui dérivait de l'acceptation de l'hérédité n'engendrait qu'une obligation unilatérale de l'héritier vis-à-vis du légataire et, dès lors, ne devait avoir pour sanction qu'une action de droit strict. Il ne faut pas croire pourtant qu'on interprétait l'action *ex testamento*, toute de droit strict qu'elle fût, avec la même rigueur que les autres actions de droit strict. Pour les actions *stricti juris* qui sanctionnaient les stipulations ou autres contrats de droit strict, on était bien plus sévère que pour l'*actio ex testamento*; cela parce que dans les stipulations les parties s'étaient trouvées en présence, et avaient été à même de s'expliquer; elles ne pouvaient s'en prendre qu'à elles-mêmes, quand elles s'étaient mal expliquées; et quand le *stipulator* ne retirait pas de l'engagement de son adversaire tout ce qu'il en attendait, il ne pouvait s'en prendre qu'à lui; rien d'ailleurs n'était plus facile aux parties que de refaire une nouvelle stipulation si la première, faute d'être assez explicite, n'était pas apte à produire l'effet cherché. En matière de legs il en était tout autrement; le testateur n'était plus là pour s'expliquer, et pour respecter ses volontés, il fallait être assez facile pour l'interprétation de la disposition testamentaire. — C'est ce que dit le jurisconsulte Paul ⁽¹⁾. « In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. »

(1) L. 12, *De regul. juris*, D. L. XVII.

L'action *ex testamento* ou *condictio* (c'est la même chose) d'action de droit strict qu'elle était, se rapprocha de jour en jour des actions de bonne foi. C'est ce qu'on voit dans plusieurs textes qui traitent des fautes dont est responsable l'héritier envers le légataire. Nous n'en retenons qu'un seul, qui à notre avis est catégorique : « Cum quid tibi legatum, fideiue tuæ commissum sit, ut mihi restituas; si quidem nihil præterea ex testamento capias dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi præstare debere existimavit; sicut in contractibus fidei bonæ servatur ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur etiam culpa, sin unius solius dolum malus tantummodo præstetur ⁽¹⁾. » Ce qui veut dire que lorsqu'un héritier ou un fidéicommissaire, chargé par fidéicommiss de remettre une chose à un tiers, ne reçoit rien pour lui-même dans ce testament, n'est responsable vis-à-vis du tiers, que de son dol; sinon (si on lui a aussi laissé quelque chose pour lui) il répond même de sa négligence; c'est ce qui a lieu dans les contrats de bonne foi pour l'exécution desquels les parties répondent même de leur négligence, quand le contrat leur est avantageux à toutes deux, tandis que le débiteur ne répond que de son dol quand le contrat ne profite qu'à une des parties (qu'au créancier).

D'après la loi que nous venons de reproduire, on distinguait pour les obligations qui naissaient d'un testament suivant que le grevé (l'héritier) avait ou non reçu quelque chose du testament; dans le premier cas, son obligation était plus rigoureuse et il était tenu même

(1) Africain, l. 108, § 12, leg. 1^o, D. xxx.

de sa négligence, au cas contraire il n'était tenu que de sa mauvaise foi. C'était exactement la même règle que pour les contrats de bonne foi ainsi que le jurisconsulte le fait remarquer. D'ailleurs l'obligation de l'héritier pouvait, bien entendu, être plus large ou plus restreinte si le testateur avait inséré dans son testament une disposition expresse; mais ce que le testateur ne pouvait pas faire, c'était d'exempter le grevé des conséquences de son dol; l'héritier en était toujours tenu en dépit d'une disposition expresse du testament qui l'en déchargeait. La théorie admise pour les actions de bonne foi fut étendue aux legs et au fidéicommiss par faveur pour les légataires et les fidéicommissaires qui n'avaient pas pu veiller à leurs propres intérêts ⁽¹⁾, faute d'avoir contracté avec leur débiteur (le grevé).

§ 4.

La manière dont les Romains entendaient les legs *in singulos annos* nous est une autre preuve qu'ils n'interprétaient pas les legs d'une façon étroite. On n'interprétait pas de la même manière la stipulation *in singulos annos* et le legs de même nature. Stipulation *latio in singulos annos*, » dit Papinien — « una est et « incerta et perpetua non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur. » La stipulation *in singulos annos*, était unique, incertaine et perpétuelle; il en était autrement du legs. Pourquoi cela? Pourquoi dans un legs *in singulos annos* voyait-on autant de legs que le légataire devait vivre d'années; et pour-

(1) Papinien, l. 72, § 3, *D. cond. et demonstr.*, D. xxxv, 4.

quoi dans une stipulation de pareille nature voyait-on quelque chose de perpétuel, l'obligation du promettant se continuant à l'infini? — C'était, selon nous, parce qu'on interprétait les stipulations bien plus strictement que les legs. Le formalisme rigoureux n'admettait pas qu'une seule stipulation donnât naissance à plusieurs créances; quand les parties voulaient en créer plusieurs, elles n'avaient qu'à faire plusieurs stipulations.

En matière de legs, les choses ne se passaient pas ainsi. En pareil cas, on tenait à respecter la volonté du testateur et dans ce but on s'écartait un peu des principes auxquels aurait conduit l'*ipsum jus*. On imposait, comme nous l'avons dit, au testateur, l'obligation de faire attention à la formule qu'il employait, sous peine de faire une disposition nulle, mais dès qu'il s'était conformé à cette injonction, on devait rechercher et respecter sa volonté probable. « In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur, » disait Paul et on présumait par conséquent, que dans un legs *in singulos annos*, le testateur n'avait pas entendu prolonger l'obligation de l'héritier au delà de la mort du légataire. Le legs *in singulos annos* d'autre part, avait pour objet des annuités qui se décomposaient en autant de legs que le légataire vivait d'années; le premier de ces legs était pur et simple, les autres étaient conditionnels et ne produisaient leur effet que si le légataire vivait encore au début de l'année à laquelle chaque legs correspondait. En outre la *dici cessio* des legs conditionnels n'avait pas lieu qu'à l'événement de la condition et si le légataire mourait avant le *dies cedens*, ses héritiers n'avaient pas droit

au legs dont il était conditionnellement le titulaire. Donc les prestations correspondant aux années qui suivaient la mort du légataire n'étaient jamais dues, parce que le droit ne naissant pas ne pouvait pas se transmettre⁽¹⁾. Au contraire, une stipulation *in singulos annos* avait pour objet le droit aux annuités, mais ces annuités ne se confondaient pas avec la créance, elles n'en étaient, comme le dit M. Accarias, que les produits successifs, comme les intérêts sont les produits d'un capital restituable. Quoique les annuités soient multiples, il n'y a qu'une seule créance. Cela étant, celui qui était, en vertu d'une stipulation, débiteur de prestations périodiques, était censé s'être lié à perpétuité envers le créancier, parce que les annuités n'étaient que les produits de la créance, comme celle-ci ne s'éteignait pas à la mort du créancier, les annuités continuaient à être dues. Voilà comment le legs *in singulos annos* finissait avec le légataire et comment la stipulation se perpétuait après la mort du stipulant. Outre son caractère temporaire, le legs *in singulos annos* était certain tandis que la stipulation était *et perpetua et incerta*. On pouvait bien connaître l'objet du legs; ce qu'on ne savait pas, c'était le nombre des legs, c'est-à-dire, le nombre d'années que vivrait le légataire. La stipulation *in singulos annos* n'ayant pour objet que le droit aux annuités, on ne pouvait pas s'en faire une idée nette et en fixer l'étendue; de là son caractère d'incertitude. De cette différence résultait une conséquence assez sérieuse : c'est que le légataire pouvait agir par une *condictio certi* au

(1) V. M. Accarias, *Précis du droit romain*, II, p. 280.

commencement de chaque année sans risquer de compromettre son droit éventuel aux annuités futures. Le stipulant lui, ne pouvait intenter qu'une seule fois la *condictio incerti*, car une seule demande déduisait en justice sa créance tout entière. Les prescriptions inventées plus tard lui furent d'un grand secours. On peut conclure avec M. Accarias, de tout ce que nous venons de dire, que la théorie du legs répond absolument à la volonté du testateur, celle de la stipulation est doublement inique : elle l'est pour le stipulant par son caractère d'incertitude, pour le débiteur par son caractère de perpétuité.

Pourquoi, se demande le savant romaniste, n'avoir pas appliqué aux stipulations le même principe général qu'aux legs ?

La réponse qu'il fait à cette question confirme pleinement ce que nous disions plus haut, nous reproduisons textuellement son argument. « Très probablement, c'est par un excès de formalisme qu'il ne parut
« pas possible qu'une seule et même formule engendrât des créances de nature différente. Mais, dira-t-on,
« tel est bien le résultat auquel on arrive en matière
« de legs. J'en conviens, et cela est tout naturel, étant
« donné les idées romaines ; en effet, la formule de la
« stipulation est arrêtée d'un commun accord entre le
« créancier et le débiteur, tandis que le testateur choisit seul la formule du legs, et de là deux systèmes
« d'interprétation tout à fait différents : dans les legs
« on recherche avant tout ce que le testateur a voulu ;
« dans les stipulations la puissance des mots l'emporte
« sur la volonté réelle des parties ; au lieu de rechercher si elles ont exprimé ce qu'elles voulaient,

« on présume qu'elles ont voulu ce qu'elles ont ex-
« primé⁽¹⁾. »

§ 5.

L'action *ex testamento* présentait une particularité que la plupart des actions n'avaient pas, elle donnait lieu à une condamnation au double, en cas d'*inficiatio* de la part du défendeur. Quand il y avait un *legatum certum per damnationem*, la personne qui en était grevée encourait une condamnation au double quand elle en niait l'existence. Le *legatum per damnationem*, pouvait être certain ou incertain selon que la chose qui faisait son objet était *certa* ou *incerta*. Le fait par l'héritier de nier l'existence d'un *legatum certum*, était chose grave qui était sévèrement punie. Il n'en était pas de même quand le legs était incertain. — Les actions qui donnaient lieu à une condamnation au double contre le défendeur récalcitrant étaient peu nombreuses ; Gaius⁽²⁾ nous en donne l'énumération : « Rem vero et pœnam persequimur velut ex his causis ex quibus adversus inficiantem in duplum agimus : quod accidit per actionem judicati, depensi, damni injuriæ ex lege Aquilia et legatorum nomine quæ per damnationem certa relictæ sunt. » Le même jurisconsulte se répète quand il dit⁽³⁾ : « Reo inficiente, ex quibusdam causis dupli actio constituitur, velut si judicati, aut depensi, aut damni injuriæ, aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur. » L'énumération des actions *qui rei inficiatione duplantur* donnée par Gaius,

(1) V. M. Accarias, *Précis du droit romain*, II, p. 281.

(2) IV, § 9.

(3) IV, § 171.

est complétée par Paul⁽¹⁾, qui nous dit : « Quædam actiones, si a reo inficiuntur duplantur, velut iudicati, depensi, legati per damnationem relictæ, damni injuria legis Aquiliæ; item de modo agri cum a venditore emptor deceptus est. »

« Distracto fundo si quis de modo mentiatur in duplum ejus quod mentitus est officio iudicis æstimatione facta convenitur. » Aux actions indiquées par Gaius et Paul, il faut ajouter l'*actio depositi* qui quelquefois, « interdum, duplabatur contra inficiantem⁽²⁾. »

Ce doublement de la condamnation n'était autre chose qu'une peine infligée à ceux qui niaient l'existence de l'obligation. Il était dangereux de contester la prétention d'un adversaire qui était armé d'une des actions qui nous occupent. En pareil cas, il n'y avait que la démonstration évidente du tort du demandeur qui absolvait le défendeur; autrement la résistance de celui-ci était punie d'une condamnation au double; le *simpulum* représentait la *rem*, et le double la *pœnam*. L'action *ex testamento* était du nombre des actions qui mettaient le défendeur dans une situation si périlleuse, mais seulement quand elle était *certa*. Outre cette rigueur, les actions qui donnaient lieu à une condamnation au double en cas d'*inficiatio* étaient un obstacle à l'exercice de la *condictio indebiti* : « ea quæ per inficiationem in lite crescunt ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse, certissimi juris est⁽³⁾. »

La différence qui existait au point de vue de l'*inficiatio*, entre les *legata certa* et *incerta per damnatio-*

(1) *Sent.*, I, XIX, § 1, et 2, XVII, § 4.

(2) *Inst. Just.*, IV, VI, § 23 et 26.

(3) Dioclét. et Max., IV, c. IV, V.

nem disparut sous Justinien, du moins dans certains cas. Sous cet empereur, le legs *per damnationem* qu'il fût certain ou incertain donnait lieu au cas d'*inficiatio*, à la condamnation au double; cette règle s'appliquait aussi au fidéicommiss non seulement en cas d'*inficiatio* mais aussi en cas de mise en demeure de l'héritier. Cette rigueur excessive n'avait été établie par Justinien qu'au cas où le legs ou le fidéicommiss avaient été laissés au profit des églises ou établissements *venerebiles* comme il les appelle ⁽¹⁾.

Quelle était la cause de la rigueur exceptionnelle des actions au nombre desquelles était l'*actio ex testamento*? L'*actio judicati* entraînait condamnation au double pour le défendeur récalcitrant parce qu'il méconnaissait une sentence rendue contre lui; il commettait une grave faute dont il devait en subir les rigoureuses conséquences. C'était un moyen d'assurer le respect dû aux condamnations judiciaires ⁽²⁾. En assimilant à l'*actio judicati* les actions *legis Aquiliæ*, *depensi* et *legati certi per damnationem*, les Romains arrivèrent à donner à ces dernières actions la même importance qu'à l'action issue d'une condamnation judiciaire. Comment n'aurait-on pas attaché à l'action *ex testamento* par exemple, les mêmes effets qu'à l'*actio judicati*, puisque l'ancienne formule du legs *per damnationem* conseillait cette assimilation. La formule même du legs *per damnationem* : *heres meus damnas esto* pouvait être regardée comme une sentence rendue par le testateur contre l'héritier au profit du légataire;

(1) *Inst.*, IV, vi, § 19 et 26.

(2) V. M. Accarias, *Précis du droit romain*, II, p. 119.

l'héritier en niant le legs se rendait coupable de la même faute que celui qui niait une sentence du juge; en conséquence, il devait encourir la même peine. Cette façon de procéder des Romains, cette assimilation du legs au *judicatum*, nous est confirmée par Gaius⁽¹⁾. « Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut judicatus sententia damnatus se esse significat, ita heres iudicio defuncti se damnatum esse dicat. »

CHAPITRE IV.

DU LEGS SINENDI MODO.



§ 1.

« Sinendi modo, ita legamus : heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibi que habere ⁽²⁾. » Cette forme de legs est préférable à la forme *per vindicationem*, mais inférieure à la forme *per damnationem*; et pourquoi? C'est encore Gaius qui nous répond. Parce que, dit-il, *per sinendi modo* le testateur peut léguer *utiliter* non seulement sa propre chose, mais même celle de son héritier, tandis que *per vindicationem*, il ne peut léguer que sa propre chose; mais *per damnationem*, il peut léguer même une *res aliena* ⁽³⁾. — Pour qu'une chose fût valable-

(1) III, § 175.

(2) V. Gaius, *Com.*, II, § 209.

(3) *Eodem*, § 210.

ment léguée *per sinendi modo*, il suffisait qu'elle eût appartenu au testateur ou à l'héritier au jour de sa mort, quand même elle aurait appartenu à un autre au jour du testament ⁽¹⁾.

« Que mon héritier soit condamné à laisser Lucius Titius prendre l'esclave Stichus et que ce dernier appartienne à Lucius Titius. »

Qu'a voulu le testateur en s'exprimant ainsi?

Il a voulu gratifier le légataire, cela ne fait pas de doute; mais quelle obligation a-t-il entendu imposer à l'héritier? Est-ce une simple obligation passive de laisser prendre, de ne pas entraver le légataire quand il voudra entrer en possession de la chose léguée et rien de plus; ou bien l'intention du testateur a-t-elle été d'obliger l'héritier envers le légataire à quelque chose de plus? La formule du legs ne nous indique pas quelle a été l'intention du testateur. Voyons donc comment la question était résolue par la jurisprudence. Cet examen nous révélera quelle action appartenait au légataire. Si l'héritier n'avait d'autre obligation que de laisser le légataire s'emparer des objets légués, ce dernier n'avait besoin d'aucune action. Il lui suffisait de se mettre de lui-même en possession de la chose léguée dont l'usucapion le rendait propriétaire. A supposer qu'il fût de bonne foi, cette usucapion était de la durée la plus courte, étant donné son titre *ex legato*. Si au contraire, l'héritier était tenu de mettre le légataire en possession de la chose léguée, le legs *per sinendi modo* était analogue au legs *per damnationem* et comme tel devait être sanctionné par l'action *ex testamento*.

(1) *Eodem*, § 211.

§ 2.

Par le legs *sinendi modo*, nous a dit Gaius, on pouvait disposer de sa propre chose et de celle de l'héritier. Il présentait une supériorité sur le legs *per vindicationem* à l'aide duquel on ne pouvait disposer que de sa propre chose, mais il était inférieur au legs *per damnationem* qui était l'*optimum jus legati* et grâce auquel on pouvait léguer même la chose d'autrui. Quand donc on avait légué *sinendi modo* sa propre chose ou celle de son héritier, quel était le droit du légataire, quelle était l'obligation de l'héritier? Il y en a pourtant qui croient, dit Gaius, que par ce legs, l'héritier n'était pas obligé de manciper ou de céder *in jure* ou de faire tradition, mais qu'il lui suffisait de laisser le légataire se mettre en possession, le testateur ne lui ayant ordonné rien de plus que de permettre, de souffrir que le légataire prît la chose léguée ⁽¹⁾. Si l'héritier n'avait eu que cette obligation passive de laisser faire le légataire, on ne comprendrait pas pourquoi le légataire aurait sollicité du prêteur une action pour obtenir la possession de l'objet légué. Il se serait mis seul en possession, comme nous le disions tout à l'heure, et l'usucapion l'aurait rendu propriétaire en joignant la bonne foi à son titre de légataire, il usucaperait par une année de possession si l'objet légué était mobilier et par deux années s'il était immobilier. Gaius cependant oblige l'héritier à quelque chose en plus : « Sicut autem per damnationem legata

(1) II, § 214.

res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur sed manet heredis, eousque donec is heres tradendo vel mancipando vel in jure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in *sinendi modo* legato juris est, et ideo hujus quoque legati nomine in personam actio est, quidquid heredem ex testamento dare facere oportet ⁽¹⁾. » Il fallait, d'après le texte que nous venons de reproduire — que l'héritier comme dans le legs *per damnationem*, mancipât, cédât *in jure* l'objet légué, ou en fit tradition. Le légataire avait une action personnelle contre l'héritier, qui était l'*actio ex testamento*. Si cette deuxième opinion est la vraie, et nous le croyons, le legs *sinendi modo* au point de vue que nous envisageons, ressemblait absolument au legs *per damnationem*. Imposer à l'héritier l'obligation de rendre le légataire propriétaire de l'objet légué, par un des modes approprié à la nature de la chose, c'était assimiler presque complètement le legs *sinendi modo* au legs *per damnationem*. Nous ne pensons pas que ces deux sortes de legs, qui produisaient des effets identiques, ont continué à exister distinctement par la seule raison que la forme *sinendi modo* était plus étroite et la forme *per damnationem* plus large ; nous pensons que le legs *sinendi modo* tomba en désuétude, à l'époque surtout où l'on abandonna le formalisme. Il devint absolument inutile à partir du sénatus-consulte Néronien et particulièrement quand les dispositions de ce sénatus-consulte furent généralisées.

(1) II, § 213.

CHAPITRE V.

DU LEGS PER PRÆCEPTIONEM.

§ 1.

« Que Lucius Titus prélève telle chose. » C'est en ces termes qu'on léguaît *per præceptionem* ⁽¹⁾. Cette formule, par sa concision, a donné lieu parmi les jurisconsultes à une grande controverse dans laquelle il faut prendre parti pour se fixer sur la nature de l'action qui appartenait au légataire pour obtenir la chose qui lui avait été léguée en cette forme. Écoutons les jurisconsultes des deux écoles qui étaient en dissentiment.

L'opinion sabinienne nous est indiquée par Gaius ⁽²⁾. « Nos maîtres pensent que par ce legs (*per præceptionem*) on ne pouvait disposer qu'au profit de celui qui était au moins pour partie institué *heres*, car *præcipere* c'est prendre préalablement, prendre hors part, en dehors de sa portion. » D'après ce texte, le legs *per præceptionem* ne pouvait être fait qu'en faveur de celui qui avait été institué héritier pour une partie quelconque et qui prélevait son legs en dehors de sa portion héréditaire. S'il avait eu lieu au profit d'un étranger, Sabinus croyait qu'il ne pouvait avoir d'effet

(1) Gaius, II, § 246 et Ulp., *Regul.*, XXIV, § 6.

(2) *Eod.*, § 247.

pas même conformément au sénatus-consulte Néro-nien ⁽¹⁾. Il n'y avait donc, d'après les Sabinien, qu'un héritier qui pût profiter d'un pareil legs, les personnes étrangères à l'hérédité, ne pouvaient pas en bénéficier.

§ 2.

Ce legs transférait-il la propriété au légataire comme le legs *per vindicationem* et pour obtenir l'objet légué, le légataire avait-il la *revendicatio*? Non, il lui fallait mettre en mouvement une autre action que Gaius nous indique ⁽²⁾. « Nos maîtres estiment que celui à qui a été légué *per præceptionem* n'aura aucun moyen autre d'avoir son legs que d'intenter l'action *familiæ erciscundæ*, » et l'office du juge sera d'adjuger au légataire, et à lui seul, ce qui a été légué *per præceptionem*. C'était la conséquence nécessaire de l'idée que léguer *per præceptionem*, c'était pour ainsi dire faire bénéficier un héritier institué d'une disposition ayant pour objet le bien légué. Pour obtenir ce bien, le légataire *per præceptionem* devait intenter l'action qui était ouverte entre cohéritiers.

Nous savons que les cohéritiers étaient tenus les uns envers les autres d'une obligation quasi-contractuelle de se prêter au partage, obligation qui dérivait de l'indivision où ils se trouvaient. Tous les héritiers avaient à leur disposition l'action *familiæ erciscundæ* qui avait pour effet de faire cesser cette indivision moyennant des adjudications que le juge faisait au profit de chacun

(1) Gaius, II, § 218.

(2) *Eod.*, § 219.

d'eux. Selon les Sabinien, le légataire *per præceptionem* étant forcément un cohéritier, il se trouvait en indivision avec les autres, tant pour sa part héréditaire que pour l'objet qui lui avait été légué. Le juge, quand il était requis de faire des adjudications, adjugeait exclusivement, et sans en procurer l'équivalence aux autres héritiers, l'objet légué à l'héritier légataire et cela conformément à la volonté du testateur. Il résulte de cela, comme l'observe Gaius ⁽¹⁾, qu'il n'était possible de léguer *per præceptionem* que ce qui appartenait au testateur, car par l'action *familiæ erciscundæ*, on ne pouvait demander autre chose qu'une chose héréditaire. En conséquence, si le testateur avait légué *per præceptionem* la chose d'autrui, *jure civili*, le legs était nul, mais il fut validé plus tard en vertu du sénatus-consulte. En résumé, d'après l'école sabinienne, les héritiers institués pouvaient seuls être légataires *per præceptionem* et l'action qui leur compétait ne pouvait être que l'action en partage, *familiæ erciscundæ*.

§ 3.

Les Proculiens étaient bien plus faciles et ne voyaient pas d'inconvénient à ce qu'un legs *per præceptionem* fût fait même au profit d'un étranger. Comment raisonnaient-ils? Gaius mieux que personne nous le dira ⁽²⁾. « Mais plusieurs écoles d'auteurs pensent qu'on peut léguer *per præceptionem* même à un étranger; c'est la même chose que si on avait dit : que Titius

(1) *Eodem*, § 220.

(2) *Eodem*, § 221.

prenne l'esclave Stichus; la syllabe *præ* est superflue et c'est *per vindicationem* qu'on a légué; cette opinion, dit-on, est confirmée par une constitution d'Adrien. » Et dans le paragraphe suivant, Gaius nous explique que selon l'opinion proculienne si la chose avait appartenu *jure quiritium* au testateur, elle pourrait être revendiquée par le légataire qu'il fût héritier ou un étranger à l'hérédité. Les Proculiens en un mot, assimilaient le legs *per præceptionem* au legs *per vindicationem*, mais ils exigeaient que les conditions prescrites pour la validité d'un legs *per vindicationem* eussent été remplies, conditions qui furent moins rigoureuses à partir du sénatus-consulte Néronien. L'assimilation n'était cependant pas complète et les Proculiens eux-mêmes reconnaissaient entre les deux sortes de legs, deux différences : 1° Il suffisait pour léguer *per præceptionem*, que la chose appartînt au testateur à son décès, tandis que pour léguer valablement *per vindicationem*, il fallait que l'objet légué appartînt *jure quiritium* au testateur à deux moments, au jour de son testament et au jour de son décès. — 2° Autre différence : si le legs *per præceptionem* était adressé à un héritier, il pouvait avoir pour objet une chose sur laquelle le testateur n'avait que la propriété bonitaire; comme en pareil cas, le légataire ne pouvait pas avoir la *revendicatio* pour la réclamer, le legs ne pouvait être exécuté qu'au moyen d'adjudications auxquelles donnait lieu l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ*.

Nous croyons avec M. Accarias⁽¹⁾, que l'opinion proculienne a prévalu, à l'appui de ce que nous avan-

(1) V. *Précis de droit romain*, t. I, p. 1029.

çons, nous invoquons non seulement l'assertion de Gaius (II, § 221 *in fine*), mais aussi une constitution de Gordien, qui nous paraît décisive dans la matière. Cette constitution porte que, selon l'opinion de Papinien, l'héritier institué gratifié d'un legs pouvait, tout en renonçant à l'hérédité, revendiquer son legs, ce qu'il n'aurait pas pu faire dans l'opinion sabinienne. Voici la teneur de cette constitution⁽¹⁾ : « Cum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est, præceptionis legatum et omissa parte hereditatis vindicari posse declaretur : intelligis desiderio tuo juxta juris formam esse consultum. Verba vero responsi hæc sunt. Filiæ mater prædium ita legavit ; præcipito sumito extra partem hereditatis. Cum hereditati matris filia renunciasset, nihilominus eam recte legatum vindicare visum est. »

(2) 12. C. VI, 37.

DEUXIÈME PÉRIODE.

CHAPITRE I.

LE FORMALISME MITIGÉ.

§ 1.

Les avantages du formalisme rigoureux qui facilitait la tâche du juge et diminuait le nombre des procès, étaient amplement compensés par les inconvénients que le même système entraînait. A un certain moment, les inconvénients l'emportèrent sur les avantages. Un de ces inconvénients était que la forme *per damnationem* pouvait seule servir à léguer la chose d'autrui. En outre, ne fallait-il pas avant tout, respecter la volonté du testateur, et s'il s'était trompé en employant une autre formule que celle prescrite par la loi, devait-on le punir et méconnaître ses intentions au point d'annuler ses dispositions, et cela à un moment où il n'était plus là pour réparer son erreur? — Les Romains comprirent bientôt qu'il fallait se départir de ces rigueurs; que l'erreur du testateur était le plus souvent excusable, et que dans tous les cas, il n'en fallait pas faire supporter les conséquences au légataire qui en était tout à fait innocent. C'est le sénatus-consulte Néronien qui accomplit cette réforme si nécessaire.

§ 2.

Le sénatus-consulte Néronien rendu sur la proposition de Néron ⁽¹⁾ décida que quand un legs aurait été fait en une forme qui n'était pas appropriée à la nature de l'objet légué, la disposition recevrait son effet ⁽²⁾; « si, nous dit Ulpien ⁽³⁾, on a légué *per vindicationem* une chose qui n'a jamais appartenu au testateur, quoique le legs ne soit pas valable *jure civili*, il vaut en vertu du sénatus-consulte Néronien, qui a décidé que le legs fait en des termes impropres serait valable comme s'il avait été fait en la meilleure forme; or, la meilleure forme de legs est la forme *per damnationem*. » Ce qui revient à ceci : Si l'on s'était trompé sur la formule et si l'on avait employé la formule *per vindicationem* alors qu'on aurait dû en employer une autre, le legs nul *jure civili* valait S^{us}-consulto comme *legs per damnationem*; c'était la meilleure formule de legs car son emploi exposait moins le testateur à se tromper. La même chose est exprimée par Gaius dans plusieurs paragraphes de son II^e Commentaire. « Plus tard, nous dit-il après l'énumération des choses qu'on peut léguer *per vindicationem*, un sénatus-consulte a été rendu dont l'auteur

(1) En 817, d. R. et 64, d. J.-C.

(2) D'après Suétone (Néron 32), cet empereur ne validait guère de testaments dans lesquels il avait été passé sous silence; et il ordonnait que les testaments de ceux qui avaient été ingrats envers le prince, tournassent au profit du fisc et que les jurisconsultes qui les avaient écrits ou dictés fussent punis. Il est donc à présumer que le prince ne favorisa les testateurs par le sénatus-consulte dont il eut l'initiative, que dans le but d'être l'objet de leurs dispositions.

(3) *Regul.*, t. XXIV, § 11^a.

est l'empereur Néron, lequel sénatus-consulte décide que si on a légué une chose dont le testateur n'a jamais été propriétaire, le legs sera valable comme s'il avait été fait *optimo jure* et la meilleure manière de faire un legs est d'employer la forme *per damnationem*, car *per damnationem* on peut léguer même *les res alienas* ⁽¹⁾. » Plus loin, à propos du legs *per præceptionem*, après nous avoir dit que pour être valable ce legs doit être fait à l'un des héritiers, Gaius ajoute : « De même, si un legs *per præceptionem* a été fait à un étranger, il est nul selon Sabinus et le sénatus-consulte Néronien sera impuissant à le rendre valable, car, dit-on, ce sénatus-consulte ne valide que les legs viciés dans leur expression, d'après le droit civil, et non ceux qui ne sont pas dus à cause de l'incapacité de la personne du légataire. Mais Julianus et Sextus pensent que même dans ce cas on a pu s'être trompé dans les paroles qu'on a écrites et avoir par conséquent, fait un legs nul d'après le droit civil, étant donné qu'on aurait pu léguer à la même personne autrement que *per præceptionem*, car l'erreur n'a porté que sur les paroles employées. Bien entendu d'ailleurs, que si le legs avait été fait à un *peregrinus* ou à toute autre personne avec laquelle le testateur n'avait pas eu la *factio testamenti*, le sénatus-consulte Néronien ne trouverait pas du tout son application. » C'est évidemment se tromper d'expression que de léguer *per præceptionem* à un autre qu'à l'héritier, par cela seul que le testateur a légué à un étranger fût-ce même *per præceptionem*, il a manifesté l'intention de gratifier la personne par lui désignée, mais comme à

(1) II, § 197.

l'origine, pour qu'un legs *per præceptionem* fût valable — pour l'école sabinienne du moins. — il fallait que le légataire fût un des héritiers, tout legs fait à un autre qu'à un héritier était nul. Mais plus tard quand on respecta davantage la volonté du testateur et qu'on tint plus grand compte de son intention, il suffit que le testateur léguât, de quelque manière que ce fût, pour qu'on vît dans cette disposition l'intention de gratifier le légataire. Dès lors point de doute que le testateur s'est trompé de formule quand il a employé la formule *per præceptionem* au lieu des formules *per vindicationem* ou *per damnationem* ou *sinendi modo*. Tel est le sentiment de Julianus et de Sextus; mais Sabinus ne le partage pas encore. Le sénatus-consulte Néronien a eu pour but — nous ne saurions trop le répéter — de protéger le légataire en validant la disposition testamentaire quand le testateur s'est trompé de formule; or, il est certain qu'il s'est trompé quand il a légué *per vindicationem* et que la nature de la chose s'opposait à ce qu'elle fût léguée de cette manière. Il en est de même quand il a adressé un legs *per præceptionem* à une personne à qui d'après le *jus strictum* il ne pouvait léguer que *per vindicationem*, *per damnationem*, ou *sinendi modo*. Un simple changement de formule aurait suffi pour que le legs devînt régulier! On ne comprend pas que Sabinus ne se soit pas rendu à ces raisons. Le même Sabinus exigeait pour la validité du legs *per præceptionem* que l'objet légué appartînt au testateur. Le sénatus-consulte Néronien valide le legs *per præceptionem* d'une chose appartenant à autrui ⁽¹⁾. »

(1) Gaius, II, § 220.

CHAPITRE II.

§ 1.

Avant de voir quelle extension la jurisprudence donna au sénatus-consulte Néronien, insistons un peu sur le legs de la chose d'autrui que ce sénatus-consulte, avons-nous déjà dit, concerne spécialement. Pendant longtemps, les Romains ne se sont pas du tout inquiétés de connaître l'intention du testateur; le juge ne s'attachait qu'à la formule employée pour valider ou annuler le legs. « Le droit antique, dit un savant professeur, évite par instinct la recherche des intentions; il ignore la pensée individuelle dans les actes juridiques lorsqu'elle ne s'est pas affirmée dans une forme précise et connue d'avance du testateur qui devait prendre garde et bien peser la formule qu'il voulait employer. Libre à lui de choisir, pour faire sa libéralité, entre la formule *per vindicationem* et la formule *per damnationem*; mais les conséquences de son choix étaient irrémédiables, parce qu'il était réputé avoir opté en connaissance de cause après examen et réflexion ⁽¹⁾. » Ainsi donc, celui qui voulait faire des dispositions valables devait y mettre tous les soins; son attention devait se porter et sur la chose

(1) M. Esmein, *Mélanges d'histoire de droit et de critique*, p. 172

dont il disposait et sur la formule qu'il employait. Avait-il employé la formule *per vindicationem* et la chose qu'il léguait ne lui appartenait-elle pas *jure quiritium*, le legs était nul. Cette nullité profitait à l'héritier au détriment du légataire. Le légataire voulait-il établir que le testateur s'était trompé et que s'il avait su que la chose ne lui appartenait pas, il se serait exprimé d'une autre manière, c'était peine perdue. Le légataire n'était pas admis à faire cette preuve. On évitait les procès à tout prix. Si, d'un autre côté, le testateur s'était servi de la forme *per damnationem*, l'héritier était tenu envers le légataire et on ne lui permettait dans aucun cas, de faire envers le légataire la preuve que le testateur s'était trompé, et que s'il avait su que la chose ne lui appartenait pas, il ne l'aurait pas léguée. Le legs *per damnationem* était bel et bien valable, l'héritier était le débiteur du légataire, car le testateur était censé avoir voulu que le legs fût valable à tout événement, s'il voulait le contraire, il aurait dû s'en expliquer; l'héritier devait donc s'exécuter par les procédés légaux : en mancipant la chose au légataire si faire se pouvait, en tâchant de l'acquérir du propriétaire, s'il n'en avait pas la propriété et s'il n'y parvenait pas en payant l'estimation. Comme nous le voyons, la situation du légataire *per damnationem* était la meilleure de toutes, et c'était avec juste raison qu'on appelait le legs qui conférait au légataire un droit de créance, l'*optimum jus legati*. Tel était le système primitif avec les avantages et les inconvénients que nous avons essayé de faire ressortir. — Le sénatus-consulte Néronien vint au secours des légataires qui avaient

à souffrir de l'erreur des testateurs. Il ne faut pas croire pourtant qu'il dispensât les testateurs de recourir aux formules consacrées, il voulait que le legs nul, parce qu'il était conçu en termes mal appropriés à la nature de la chose léguée, produisît les effets d'un legs *per damnationem*, il substituait une formule à une autre à l'effet de faire valoir la disposition ⁽¹⁾, et rien de plus.

§ 2.

Le sénatus-consulte Néronien pour favorable qu'il fût aux légataires, n'allait-il pas parfois à l'encontre de l'intention du testateur? — Un testateur qui croyait que la chose léguée était sienne, avait-il entendu la procurer au légataire, même dans le cas où elle appartenait à autrui? N'était-ce méconnaître sa volonté que d'imposer à l'héritier l'obligation de la livrer au légataire dans tous les cas? C'est ce qu'a très bien compris Neratius Priscus, qui dit dans une *sententia* que l'héritier poursuivi en exécution du legs, pourra démontrer qu'il est contraire à la volonté du testateur et paralyser par l'*exceptio doli* la demande du légataire. L'empereur Antonin le Pieux a confirmé la *sententia* de Priscus, et Papinien y fait allusion quand il dit ⁽²⁾ : « Succursum est heredibus ne cogerentur redimere quod testator suum existimans reliquit. » Il n'en est pas moins vrai que la présomption est en faveur du légataire et que c'est à l'héritier de la faire tomber. —

(1) V. M. Gérardin, *Legs de la chose d'autrui*. — *Nouv. Revue hist.*, décembre 1887.

(2) L. 67, § 8. *De leg.* 2^o, D. xxxi.

Après cette réforme que le legs fût fait *per vindicationem* ou *per damnationem*, il n'y avait plus à interpréter que l'intention du testateur, non pas la formule ; il fallait scruter sa volonté, la déduire de toutes les circonstances, non seulement du fait qu'il savait ou non à qui appartenait la propriété de la chose léguée, mais encore des rapports de parenté ou d'alliance qui pouvaient exister entre lui et le légataire et de tous faits quelconques.

Nous pouvons conclure de tout ce que nous venons de dire, que toutes les fois que le legs de la chose d'autrui était valable, le légataire était créancier d'une *res certa* et pouvait faire encourir à l'héritier une condamnation au double, au cas où celui-ci aurait nié l'existence du legs. Cet avantage était compensé par un inconvénient dont avait à souffrir quiconque était créancier d'une chose déterminée : si la chose venait à périr sans le fait du débiteur (l'héritier dans notre espèce) et avant qu'il eût été mis en demeure. — Il n'y a pas même besoin de dire que le légataire avait pour obtenir son legs, la *condictio ex testamento*, avec laquelle il pouvait, selon les époques, avoir l'estimation de la chose ou la chose elle-même.

§ 3.

L'héritier était en outre, tenu de l'obligation de garantie envers le légataire. Cela paraît au premier abord, en contradiction avec le principe que l'acquéreur à titre gratuit n'avait pas droit à garantie ; cependant, nous n'hésitons pas à croire, avec les éminents romanistes de notre école, que le légataire avait droit

à la garantie. Voici le raisonnement qui nous détermine à lui reconnaître ce droit. L'héritier était obligé par le testament et par suite de l'acceptation de l'hérité, *de dare*, de transférer la propriété, il ne se libérait pas quand il n'avait pas payé ce qu'il devait. Son obligation restait entière. D'autre part, le sénatus-consulte Néronien, en transformant un legs *per vindicationem* de la chose d'autrui en un legs *per damnationem*, prétendait interpréter la volonté du testateur qui voulait que le légataire eût l'objet légué; il ne l'aurait pas eu s'il en était évincé. La considération suivante n'est pas, selon nous, sans importance. C'est que le légataire n'était pas dans la même position vis-à-vis de l'héritier que le donataire à l'égard du donateur, car il ne tenait pas son droit de la libéralité de l'héritier, mais bien de celle du *de cuius*. — L'obligation de garantie résultait pour l'héritier, du quasi-contrat d'acceptation de la succession qui imposait à celui qui l'avait faite l'obligation d'exécuter toutes les clauses du testament; or, ce n'était pas exécuter un legs contenu dans un testament, ou c'était l'exécuter mal, que de livrer au légataire une chose dont il était plus tard évincé. En cas d'éviction, le légataire avait l'action *ex testamento* pour réclamer un nouveau paiement, mais bien entendu, au cas seulement où il n'avait pas épuisé ladite action pour l'avoir intentée une première fois.

La dette de l'héritier envers le légataire évincé différait cependant, à certains égards, d'une dette de garantie. D'abord, ce que l'héritier devait au légataire, c'était non la valeur de la chose évincée, mais une chose du genre convenu. La chose livrée en pre-

mier lieu avait pu par cas fortuit, augmenter ou diminuer de valeur entre les mains du bénéficiaire, il n'y avait pas à en tenir compte, le legs devait être exécuté de nouveau sans se préoccuper de ce qui avait été fait en vain. De plus, le légataire qui avait fait des dépenses dont il ne pouvait pas se faire indemniser par le revendiquant ou qui avait vendu la chose et subissait envers son acheteur une condamnation supérieure au prix, n'avait pas à raison de ces pertes, de recours contre l'héritier du testateur. En résumé, le légataire avait une action en paiement de ce qui lui avait été promis, il n'avait pas l'action en garantie proprement dite ⁽¹⁾.

§ 4.

Le légataire pouvait-il demander une caution? Il semblerait qu'en sa qualité d'acquéreur à titre gratuit, il n'avait pas ce droit, d'autant plus que s'il était évincé, il avait l'action *ex testamento*. Dans un seul cas pourtant, on lui reconnaissait le droit de demander caution, alors que pour obtenir la délivrance de son legs, il avait dû intenter l'action *ex testamento*; l'ayant déduite en justice, il avait un intérêt légitime à être prémuni contre les conséquences possibles de l'éviction.

En un mot, en nous restreignant dans les termes du sénatus-consulte Néronien, le légataire était avantage seulement quand le testateur s'était trompé sur la formule à employer; le même sénatus-consulte ne dis-

(1) V. M. Labbé, *Revue pratique*, t. XX, p. 553.

pensait nullement le testateur d'employer une des formules que la loi consacrait. Il en résultait donc qu'au cas où le légataire était forcé d'intenter une action pour avoir l'objet légué, il devait intenter l'action en revendication ou la *condictio ex testamento*, selon la nature de son droit qui variait avec la formule employée par le testateur, et ce n'était que quand le legs était vicié par suite de la formule employée, que le légataire n'avait que la *condictio*. Là où le légataire aurait eu la revendication si le legs avait été régulier en la forme, il n'avait que la *condictio* quand son legs ne valait que comme legs *per damnationem*. La jurisprudence ne se contenta pas de cette amélioration, elle étendit le sénatus-consulte Néronien même là, où originairement il n'avait pas eu d'application.

CHAPITRE III.

EXTENSION DU SÉNATUS-CONSULTE NÉRONIEN.

§ 1.

De ce que tout legs nul comme entaché d'un vice de forme, était validé par le sénatus-consulte Néronien, les jurisconsultes romains tirèrent une conséquence encore plus avantageuse pour le légataire. Si un legs nul pour vice de forme, disait-on, est valable *per damnationem*, à plus forte raison un legs *per vindicationem* régulier *jure civili* sera-t-il valable *per dam-*

nationem senatus-consulto. Cet *a fortiori* conduisit à admettre que le légataire avait, pour obtenir la délivrance du legs, le choix entre la revendication et la *condictio*. En conséquence, le légataire *per vindicationem* pouvait ou bien se prétendre propriétaire de la chose léguée et agir par l'action réelle, ou bien, s'il y trouvait avantage, ne prétendre qu'à un droit de créance et se servir de l'action personnelle. Il avait le choix entre ces actions, mais ne pouvait les cumuler; ayant agi par l'une il perdait l'autre; par conséquent, il devait réfléchir avant d'engager l'instance, il devait examiner quelle serait sa situation dans un cas, comme dans l'autre, car une fois l'une de ces actions mise en mouvement tout était fini. Quel avantage le légataire pouvait-il avoir d'intenter l'action *ex testamento* plutôt que la *revendicatio*? Nous avons vu que l'action *ex testamento* donnait lieu à une condamnation au double en cas d'*inficiatio*; c'était un premier avantage. En voici un second : pour pouvoir se dire propriétaire de l'objet légué et agir en conséquence, le légataire devait établir la propriété de son auteur, de l'auteur de son auteur et ainsi de suite jusqu'à ce qu'il fit une preuve complète. Il pouvait toutefois en finir avec cette série de preuves, en démontrant qu'un de ses auteurs avait usucapé l'objet dont il se disait propriétaire. Il avait donc à faire, comme nous le voyons, une preuve assez difficile, qui n'était pas exigée pour les actions personnelles.

Cette idée n'était pas contenue dans le sénatus-consulte Néronien, qui n'exemptait pas le testateur de l'obligation de choisir ses expressions quand il voulait faire des dispositions qui eussent effet après sa mort. Ledit sénatus-consulte, nous ne pouvons le répéter

assez, ne faisait que réparer une erreur qui aurait préjudicié à une personne qui en était innocente, au légataire.

Cette extension qui s'appuie sur les textes ⁽¹⁾ est défendue par M. Ruggieri qui l'exagère peut-être un peu. L'auteur italien prétend que le légataire *per vindicationem* a toujours pu, même avant le sénatus-consulte Néronien, intenter à son choix l'action *in rem* ou l'action *in personam*.

« Donner une action *in rem* à celui qui, n'étant que créancier, se trouve privé de la propriété et par conséquent ne peut faire aucun acte sur la chose, est inconcevable. Mais que le propriétaire outre l'action *in rem* puisse avoir une action personnelle, cela n'est pas ni irraisonnable ni neuf. »

Il remarque ensuite que cette situation n'était pas inconciliable avec la formule de l'action personnelle qui contenait dans son *intentio* les expressions *dare, facere*; or *facere* pouvait s'appliquer aussi au propriétaire. On a un exemple de la *cautio legatorum servandorum causa*, qui s'appliquait même au legs *per vindicationem* et d'où naissait une action *in personam* en faveur du légataire propriétaire. Après tout, il n'était pas illogique d'admettre qu'un légataire eût, outre la revendication, une action *in personam ex testamento* : cette dernière action naissait d'un quasi-contrat, d'une espèce de convention résultant, d'après la loi romaine, de l'addition de l'hérédité, en vertu de laquelle l'héritier s'obligeait à respecter la légitime volonté du testateur ⁽²⁾.

(1) LL. 84, § 13, *De leg. 1^o*; 76, § 8, *De leg. 2^o*; 85, *De leg. 1^o*; 108, § 2, *De leg. 1^o* et const. 3, *De leg.*, c. VI, XXXVII.

(2) V. M. Ruggieri, *Il diritto d'accrescere*, p. 259 et suiv.

Le sénatus-consulte Néronien marqua un progrès dans la théorie romaine sur les legs; la liberté du testateur jusqu'alors entravée par certaines nécessités de forme, devint plus complète et le legs reçut une pleine efficacité dans quelque forme qu'il fût conçu. Mais il ne faut pas, dit M. Ascoli, attacher plus d'effet à ce sénatus-consulte. On a voulu pourtant voir en lui comme le commencement de la réforme que Justinien opéra par la loi I au Code; et on a cru qu'il avait rendu la distinction entre les quatre espèces de legs sinon vaine, mais très peu importante, puisque désormais tout legs pouvait avoir l'efficacité d'un legs *per damnationem*; on a dit que ce dernier avait absorbé tous les autres, sauf toutefois que le legs *per vindicationem* donnait naissance à deux actions : l'une *in rem*, l'autre *in personam*, tandis que du legs *per damnationem* ne dérivait que cette dernière action.

Cette conception repose sur la confusion faite entre le côté formaliste et le côté substantiel de la distinction romaine des legs; ce fut seulement le formalisme que le sénatus-consulte eut en vue. La distinction entre le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem*, pour ne pas nous occuper que de ces deux formules, répondait à une diversité d'intention de la part du testateur et ne s'expliquait pas seulement par la différence des formules. Ainsi quand quelqu'un léguait un fonds en ces termes : *Titio fundum do lego*, il voulait que le fonds passât directement dans le *dominium* de Titius; quand au contraire il disait *heres meus fundum Titio dato*, sa volonté était que le fonds fût donné par l'héritier; il n'en transmettait pas directement la propriété à Titius, mais il entendait que ce dernier acquît

le droit de se la faire transmettre par l'héritier. C'est pour cela, le droit romain a attaché aux deux formes de legs des effets différents, que l'une était directement translatrice de propriété, et l'autre productive d'un simple droit de créance que le légataire faisait valoir avec l'action *in personam ex testamento*.

Mais il y a aussi le côté formaliste de la distinction. A l'origine, probablement la seule forme de legs possible, était la forme *per vindicationem* et on n'admettait pas qu'il fût possible de léguer des choses dont le testateur n'avait pas la propriété quiritaire. Plus tard, apparut la forme *per damnationem* et avec elle seulement fut possible le legs des choses n'appartenant pas au testateur et en général le legs d'obligation à côté de celui de propriété. Mais une fois admise cette nouvelle espèce de legs, on arriva sans le vouloir à établir un formalisme qui ne répondait pas toujours à la pratique. Le testateur pouvait donc léguer sa chose soit *per vindicationem*, soit *per damnationem*; une chose qui ne lui appartenait pas *jure quiritium* ne pouvait être léguée que *per damnationem*, le legs *per vindicationem* eût été nul. Or c'était une iniquité; pourquoi le fait d'avoir choisi une formule plutôt qu'une autre rendait-il vaine une volonté sur laquelle il ne pouvait y avoir de doute? C'était là une rigueur excessive; non seulement le droit romain attribuait une valeur aux formules quand elles indiquaient une volonté quelconque du testateur, mais encore quand, comme dans ce cas, elles allaient à l'encontre de cette volonté; n'était-il pas évident que le testateur qui léguait *per vindicationem* une chose qui n'était pas sienne *jure quiritium*, voulait principalement que le legs eût effet et accessoirement seulement

que la propriété fût transmise au légataire? Or quand ce second effet ne pouvait être obtenu, il n'était pas certain qu'on interprêtât la volonté du disposant en annulant le legs. C'est à cet égard que la distinction des espèces de legs produisait en pratique de mauvais effets que sans doute le sénatus-consulte Néronien voulut faire cesser, sans toucher à ce que la distinction avait de substantiel. Aussi l'opinion qui soutient l'extension du sénatus-consulte paraît peu rationnelle. On pourrait pourtant pour la soutenir raisonner de la manière suivante : le sénatus-consulte Néronien disposait que tout legs *per vindicationem* non valable devait être considéré comme un legs *per damnationem*, à moins que les conditions substantielles requises pour la validité du legs *per damnationem* ne fissent défaut; donc le sénatus-consulte trouvait application en pareil cas. Ce raisonnement a le défaut de ne pas prendre en considération le caractère de notre sénatus-consulte. Il fut institué pour faire disparaître l'inconvénient dérivant du côté formaliste de la distinction des legs, mais il n'avait pas en vue son côté substantiel; aussi toutes les fois que le legs *per vindicationem* était nul à cause du formalisme il était juste que le sénatus-consulte s'appliquât pour maintenir debout une volonté méconnue par suite du défaut de forme; mais quand le legs était valable, l'appliquer aurait été aller à l'encontre de l'intention du testateur qui avait voulu que la propriété fût transférée directement au légataire et non que celui-ci acquît un droit de créance.

D'ailleurs, les différences substantielles étaient telles entre les divers legs, qu'on ne comprend pas comment on aurait pu considérer comme valant *per damnatio-*

nem un legs fait en la forme *per vindicationem*. Pour ne citer qu'un exemple, il suffit de rappeler que la même chose laissée à deux personnes *disjunctim per vindicationem* était acquise par moitié à chaque légataire, tandis que si elle avait été léguée *per damnationem*, chacun pouvait la demander en entier. Or, dans la théorie qui veut que tout legs *per vindicationem* vaille comme legs *per damnationem* en vertu du sénatus-consulte, comment un même legs peut-il produire des effets si inconciliables?

Contre l'extension du sénatus-consulte on peut dire encore, que le légataire qui se serait fondé sur lui pour intenter l'action personnelle *ex testamento*, aurait dû obtenir l'*intentio* : « si paret heredem dare oportere, » et cela n'aurait pas été possible, car la chose par l'effet du legs *per vindicationem* valide, serait devenue sa propriété.

Pour ce qui est des textes invoqués en faveur de l'extension donnée par la jurisprudence au sénatus-consulte, M. Ascoli prétend que tous ces textes ont été interpolés et que leur rédaction telle qu'on la trouve dans les Digestes, est différente de la rédaction primitive ⁽¹⁾.

Malgré l'argumentation du romaniste italien, argumentation qui ne manque pas d'une certaine justesse, nous pensons avec M. Accarias ⁽²⁾ que les textes sont trop formels pour qu'on puisse ne pas en tenir compte; et les combattre par un argument si hypothétique que l'interpolation n'est pas un moyen assez sûr pour les écarter.

(1) V. l'importante dissertation de M. Ascoli dans *Archivio giuridico* paraissant à Pise, t. XL, p. 330 et suiv.

(2) T. I, p. 1030.

§ 2.

Une fois entré dans la voie des réformes, on ne pouvait s'arrêter en si bonne voie. Après les jurisconsultes, ce furent les empereurs qui, désireux de légiférer, donnèrent le coup décisif aux formalités exigées pour la validité des dispositions testamentaires. On n'eut plus besoin pour faire des legs valables de recourir à une formule plutôt qu'à une autre; tout ce qu'il fallait c'était que l'intention libérale du testateur fût manifeste; peu importaient désormais les expressions dont il s'était servi... « *in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem*, » dit l'empereur Constantin ⁽¹⁾. Plus loin, dans une autre constitution qui paraît être un fragment de la constitution que nous venons de citer, le même empereur s'exprime comme il suit : « *In legatis vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia* » ⁽²⁾. » Cette mesure radicale de Constantin laissait pourtant subsister l'ancienne classification des legs, dont l'importance, on le conçoit sans peine, à la suite de la suppression des formules, devint très minime.

Que restait-il de cette classification, quand les formules furent supprimées? A quoi bon conserver cette classification puisque le testateur pouvait employer telle expression qu'il voulait sans jamais risquer de faire un legs nul; comment, dès lors, et d'après quel signe rangeait-on un legs dans une classe plutôt que dans une

(1) C. 15, c. VI, xxiii.

(2) C. 24, c. VI, xxxvii.

autre? On devait s'attacher à l'intention du *de cuius* sans rien déduire des paroles employées qu'une indication non décisive ⁽¹⁾. Malgré cette utilité pratique si secondaire que continuait à présenter l'ancienne classification, elle devenait superflue et sa suppression ne fut qu'une affaire de temps. C'est sous Justinien qu'elle disparut.

(1) V. M. Accarias, I, p. 1031.

TROISIÈME PÉRIODE.

CHAPITRE I.

LIBERTÉ ABSOLUE.

§ 1.

Nous avons vu assez rapidement d'ailleurs, comment le formalisme si rigoureux au commencement s'affaiblit considérablement sous Néron; montrons qu'il disparut, tout du moins en matière de legs, sous l'empereur Justinien. De la règle étroite qu'on ne pouvait pas s'écarter des paroles fixées par la loi sans risquer de faire un acte nul, il n'en resta plus rien sous ce dernier empereur. N'oublions pas toutefois, qu'en ce qui concerne les legs et la façon dont ils devaient être exprimés, Justinien n'eut pas beaucoup à faire, car toutes les formalités qui primitivement étaient rigoureusement exigées avaient disparu dès avant lui, et il n'en restait d'autre trace qu'une classification sans utilité pratique. En la supprimant, il ne fit que mettre la loi d'accord avec la pratique. L'empereur se glorifie de son œuvre avec l'emphase qui lui était familière..... « Sed et constitutionibus divorum principum ⁽¹⁾ solemnitas hujusmodi verborum penitus sublata est. Nostra autem con-

(1) Allusion à la Con. 21, c. VI, xxxvii.

stitutio quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes et non verbis sed voluntatibus eorum faventes, disposuit ut omnibus legatis una sit natura et quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales sed etiam per in rem et per hypothecariam ⁽¹⁾. »

§ 2.

La constitution de Justinien qui est mentionnée dans ce passage des Institutes, unifia toutes les classes de legs, *omnibus legatis una sit natura*, il n'y avait plus de legs *per vindicationem*, *per damnationem*, *per præceptionem* et *sinendi modo*, mais une seule espèce de legs, de quelque expression que le testateur se fût servi. En outre, l'empereur assimila les legs et les fidéicommiss accordant les mêmes actions pour la réclamation des uns et des autres. De l'unification des legs, il résultait par la force des choses que le légataire pour obtenir l'objet légué pouvait intenter à son choix la revendication ou la *condictio* : c'est ce que Justinien dit clairement dans sa constitution. Mais l'empereur législateur ne s'en tint pas là ; il accorda aux légataires outre les actions réelle et personnelle, l'action hypothécaire ou quasi-servienne qui n'avait pas été admise jusqu'alors.

Justinien astreignit en outre tous les légataires et fidéicommissaires à demander la délivrance des legs. C'est ce qui ressort de la définition du legs donnée

(1) *Inst.*, II, t. XX, § 2.

aux Institutes : « *legatum itaque est donatio quædam a defuncto relicta ab herede præstanda* ⁽¹⁾ ». Avant Justinien, toutes les espèces de legs n'étaient pas sujettes à délivrance ; il y avait des legs qui permettaient aux légataires de se mettre en possession de leur propre autorité, sans le consentement de l'héritier. Voilà pourquoi Modestin définissait le legs : « *legatum est donatio testamento relicta* » sans ajouter « *ab herede præstanda* » parce que cette addition ne pouvait pas convenir à toutes les formes de legs en usage de son temps. Sous Justinien quand les legs et les fidéicommiss, de quelque façon qu'ils eussent été conçus, furent de même nature, ils furent tous sujets à délivrance, sans que le légataire ou le fidéicommissaire pût jamais prendre possession du legs ou du fidéicommiss de sa propre autorité ⁽²⁾.

§ 3.

Le légataire dans cette période pouvait à son gré se prévaloir contre l'héritier d'un droit de propriété ou d'un droit de créance ; tel était son droit après l'addition d'hérédité. En fait cependant il pouvait arriver que le légataire ne pût pas invoquer un droit de propriété ; cela tenait à la nature de la chose léguée, quand on avait légué par exemple une chose appartenant à autrui, ou bien une chose *in genere*, ou bien un fait ; dans tous ces cas le légataire s'il avait voulu se dire propriétaire, ne l'aurait pas pu. La faculté laissée au légataire d'intenter la *condictio* quand il

(1) *Inst.*, II, t. XX, § 1.

(2) Furgole, *Droit romain*, III, p. 89.

le voulait et quelle que fût la forme du legs, constituait une dérogation à la règle *nemo potest condicere rem suam*; on peut se demander pourquoi le légataire était admis à intenter la *condictio* alors qu'il pouvait revendiquer. On justifiait cette dérogation aux principes pour deux raisons dont nous n'indiquerons pour le moment qu'une seule, nous réservant de signaler l'autre plus loin : dans le cas où la chose léguée périssait par la faute de l'héritier, la *condictio* était la seule ressource du légataire; il ne pouvait pas revendiquer car il n'y avait plus d'objet susceptible de revendication; l'action personnelle lui faisait du moins obtenir l'estimation de la chose qui avait péri *culpa heredis*.

En résumé trois actions appartenaient au légataire : l'action réelle, l'action personnelle et l'action hypothécaire ou quasi-servienne. Justinien nous les indique après nous avoir exposé les raisons qui l'ont guidé dans sa réforme.

« Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri ; omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem præstare sed et in rem quatenus eis liceat easdem res sive per quodcumque genus legati sive per fideicommissum fuerint derelicta, vindicare in rem actione instituenda et insuper utilem servianam id est hypothecariam super his quæ fuerint derelicta in res mortui præstare ⁽¹⁾. »

Nous avons étudié au commencement de cette dissertation les actions réelle et personnelle; nous n'y reviendrons pas et ne nous occuperons plus que de l'action hypothécaire.

(1) 1, c. VI, t. XLIII.

CHAPITRE II.

DE L'HYPOTHÈQUE.

§ 1.

Une des plus importantes créations de Justinien, fut sans aucun doute l'hypothèque des légataires. Les modifications que ce prince apportait aux lois, les mesures législatives dont il prenait l'initiative, ne tournaient pas toutes à l'avantage de ses sujets. Il n'en a pas été de même de l'institution qui nous occupe. C'est bien une innovation utile que Justinien introduisit dans la loi et c'est à lui que revient tout l'honneur de la création de cette hypothèque particulière qu'on ne connaissait pas jusqu'alors.

Avant d'entrer dans les détails et d'examiner les considérations qui déterminèrent Justinien à accorder cette sûreté aux légataires, il n'est pas inutile de dire quelques mots de l'hypothèque en général et de son caractère d'indivisibilité ; ces notions nous permettront d'établir une comparaison que nous aurons à faire plus loin, qu'il est impossible quoi qu'on ait pu dire, de faire une différence entre l'hypothèque en général et l'hypothèque des légataires ; c'est toujours la seule et même hypothèque.

§ 2.

« L'hypothèque consiste à affecter une chose au paiement d'une créance en ce sens que si le créancier

n'obtient pas satisfaction à l'échéance, il a droit de vendre la chose hypothéquée et d'employer, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, le prix provenant de la vente à l'acquittement de sa créance ⁽¹⁾. »

Cette définition nous montre que l'hypothèque est une sûreté réelle, qu'elle ne peut être que l'accessoire d'une créance et qu'elle confère au créancier non payé à l'échéance le droit de vendre la chose hypothéquée et de se payer sur le prix jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû.

Un des principaux caractères de l'hypothèque, c'est l'indivisibilité : c'est à ce point de vue qu'on a voulu établir une différence entre l'hypothèque des légataires et l'hypothèque en général. L'hypothèque est indivisible, qu'est-ce à dire? Comment un droit accessoire peut-il être indivisible, même quand il garantit une obligation divisible! L'hypothèque est indivisible en ce sens que si le débiteur qui a grevé sa chose d'hypothèque n'accomplit pas son obligation, la *res hypothecaria* est débitrice à sa place; d'où il résulte que la moindre partie de la chose hypothéquée est garante de toute la dette et que la moindre portion de la dette est garantie par la chose hypothéquée tout entière.

Ce principe n'est nulle part formulé d'une manière générale, mais se déduit des conséquences que les textes font découler de la constitution d'hypothèque. Voici ces conséquences très bien décrites dans l'ouvrage d'un savant auteur, M. Jourdan ⁽²⁾ :

1° Si une partie seulement de la dette a été payée,

(1) *Dissertations de droit romain et français*, par E. Machelard (éd. Labbé), pag. 125.

(2) V. *L'hypothèque en droit romain*.

l'hypothèque n'en subsiste pas moins sur le gage entier et si l'hypothèque porte sur plusieurs choses distinctes, toutes en restent grevées. « Qui plures res accepit non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur ⁽¹⁾. »

2° Un des héritiers du débiteur en payant sa part de la dette, ne libère pas la chose hypothéquée jusqu'à concurrence de la part qui lui en est attribuée. « Cum pignoris vindicatio non personam obliget sed rem sequatur ⁽²⁾. »

3° Si quelques-uns des héritiers du créancier ont été payés de leur part héréditaire dans la créance, celui qui n'a pas été payé n'en a pas moins une hypothèque qui porte sur la chose hypothéquée tout entière. *Pignus in solidum cuique tenetur* ⁽³⁾.

4° Si le créancier hypothécaire succède au débiteur par moitié par exemple, sa créance s'éteint par moitié par confusion, mais si sa créance était garantie par une hypothèque constituée par un tiers, cette hypothèque subsiste sur la chose entière pour la moitié non éteinte de la dette ⁽⁴⁾.

Pour que la question de divisibilité et d'indivisibilité se pose, il faut qu'on soit dans des circonstances qui laissent place à la division et dans lesquelles cette division ne se produit par suite du principe de l'indivisibilité. Qu'une obligation fût divisible ou indivisible, le créancier avait le droit d'en demander au débiteur l'exécution intégrale, sans que celui-ci pût

(1) Ulpien, L. 19, D. xx, 1.

(2) 2, c. VIII, t. XXXII.

(3) 1, c. VIII, t. XXXII.

(4) 1, c. VIII, t. XVI.

s'en plaindre; assurément, le créancier pouvait convenir ou donner la faculté au débiteur de faire des paiements partiels, mais la question de divisibilité et d'indivisibilité est étrangère à cette espèce. Pour que la question de divisibilité se pose, il faut que la dette, d'abord unique, se divise par suite d'un certain événement, la mort du débiteur laissant plusieurs héritiers par exemple; eh bien! si cette obligation est de sa nature indivisible, ce même événement ne peut pas faire qu'elle se divise. Rien n'empêche qu'une dette chirographaire devienne divisible par suite de la mort du débiteur ou du créancier laissant plusieurs héritiers, mais il en est autrement d'une dette hypothécaire. Dans ce dernier cas, quoique la dette que garantit l'hypothèque soit divisible, l'hypothèque reste indivisible; chaque héritier du débiteur est tenu de la dette entière sur les biens hypothéqués tombés dans son lot, et chaque héritier du créancier a pour gage, pour sûreté de sa part dans la créance, l'objet hypothéqué tout entier. C'est là ce qu'il faut entendre par l'indivisibilité de l'hypothèque. Justinien a-t-il refusé ce caractère à l'hypothèque des légataires, c'est ce que nous allons voir un peu plus loin. Demandons-nous auparavant ce qui a pu déterminer l'empereur d'établir une hypothèque au profit des légataires.

CHAPITRE III.

L'HYPOTHÈQUE DES LÉGATAIRES.

§ 1.

L'institution de cette hypothèque était appelée à donner une complète efficacité aux actes de dernière volonté. Ce ne fut pas pour forcer les héritiers à acquitter les legs, que Justinien établit cette hypothèque ; car le légataire muni d'une action personnelle pouvait — comme tout créancier chirographaire — saisir les biens de l'héritier et se faire payer sur eux en vertu du droit de gage général qu'a tout créancier sur les biens de son débiteur. Le but de l'empereur fut de protéger le légataire contre l'insolvabilité de l'héritier en le faisant passer sur les biens de la succession avant tous les créanciers personnels de ce dernier.

En plaçant le légataire dans une situation si favorable, l'empereur, disait-on, ne faisait qu'interpréter la volonté probable du *de cuius*. Le testateur aurait pu accorder une hypothèque au légataire pour l'obtention de son legs, et l'on pouvait présumer que tout en gardant le silence, il avait entendu que sa disposition serait aussi sûrement exécutée que s'il l'avait garantie par une hypothèque portant sur les biens héréditaires, et destinée à mettre le légataire à l'abri de l'insolvabilité de l'héritier. Voici d'ailleurs

comment s'exprime Justinien à cet égard : « Cum enim jam hac jure nostro increbuit licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare et iterum novellæ constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt... Si enim testator ideo legata vel fideicommissa reliquit, ut omnimodo personæ ab eo honoratæ ea percipiant apparet ex ejus voluntate etiam præfatas actiones contra res testatoris esse restituendas : ut omnibus modis voluntati ejus satisfiat et præcipue eam talia sint legata vel fideicommissa quæ piis actibus sunt deputata ⁽¹⁾. »

Comment avait-on été conduit à admettre, que le testateur pût conférer au légataire une hypothèque sur ses biens? M. Jourdan nous l'explique avec beaucoup de clarté, laissons-lui la parole : « De bonne heure, dit-il, le prêteur s'était préoccupé de la situation faite au légataire à terme ou sous condition, il obligeait donc l'héritier à donner caution. Il était toutefois un genre de legs auquel la garantie prétorienne du cautionnement s'adaptait mal, je veux parler des legs d'aliments si fréquents à Rome; il n'était pas facile en effet de trouver une caution qui voulût prendre l'engagement de garantir l'exécution de prestation d'une durée et par conséquent d'une importance aussi incertaine. C'est ici qu'une garantie hypothécaire paraissait tout à fait désirable. Ce ne fut pas cependant ce moyen que le testateur avisa tout d'abord. Le testateur assignait aux légataires un fonds dont les revenus devaient leur fournir les aliments qu'il entendait leur léguer; l'héritier était tenu de leur en transférer la propriété;

(1) 1, c. VI, t. XLIII.

car nous voyons qu'avec l'autorisation du prêteur il pouvait le vendre. Ce legs d'aliments ainsi ordonné, était l'objet d'un fidéicommiss dont le prêteur réglait *extraordinem* l'exécution. On finit par admettre que ce fidéicommiss, avant même qu'il eût été exécuté par l'héritier avait pour effet de grever la chose d'un droit réel au profit des fidéicommissaires qui pourraient réclamer l'envoi en possession immédiat, même contre un tiers auquel l'héritier aurait vendu la chose. Il est d'ailleurs certain que le fonds *ad alimenta relictus* appartenait au fidéicommissaire en pleine propriété. Cet arrangement n'était bon ni pour les bénéficiaires aux besoins desquels les revenus du fonds pouvaient au moins accidentellement ne pas suffire, ni pour l'héritier qui était définitivement privé de la propriété du fonds. Le mieux était de considérer le fidéicommissaire comme créancier personnel de l'héritier et le *fundus ad alimenta relictus* comme affecté hypothécairement à la créance ⁽¹⁾. »

Cette hypothèque des légataires dérivant de la loi et imposée comme toute hypothèque légale, reposait-elle sur la présomption que l'héritier avait consenti à son établissement? Il était facile de dire que la loi l'imposait à l'héritier; mais n'en pouvait-on pas rendre compte par un acte dénotant chez l'héritier la volonté de l'établir ou du moins une présomption de ce consentement? Oui, cette hypothèque dérivait d'un quasi-contrat, de l'acceptation de l'hérédité. En acceptant l'hérédité, l'héritier entendait assumer toutes les obligations qui en résultaient et spécialement à subir l'hyp-

(1) M. Jourdan, *L'hypothèque en droit romain*.

pothèque des légataires. Comme toute hypothèque, elle était l'accessoire de l'obligation principale qu'elle garantissait; et cette obligation principale dont elle était la sûreté, c'était l'obligation quasi-contractuelle qui avait pour origine l'acceptation de l'hérédité et spécialement l'exécution des legs.

D'autre part, l'acceptation de l'hérédité ayant été faite par l'héritier, c'était en la personne de celui-ci que l'obligation prenait naissance. De là résultait une conséquence pratique des plus importantes : si l'obligation garantie par une hypothèque avait pris naissance dans la personne du *de cujus*, chaque héritier aurait été tenu hypothécairement pour le tout; au contraire l'obligation que les légataires pouvaient invoquer prenait naissance en la personne même des héritiers et par conséquent chaque héritier n'était tenu même hypothécairement que dans la mesure où il était personnellement débiteur. En effet l'accessoire a le principal comme modèle; quand le principal étant dès le principe fractionné, l'accessoire ne peut être que fractionné. Un exemple nous fera mieux comprendre : supposons qu'une personne meurt laissant deux héritiers et une dette de 200 sesterces garantie par une hypothèque; chaque héritier sera tenu hypothécairement de 200 envers le créancier; c'est une conséquence forcée du caractère indivisible de l'hypothèque; le créancier hypothécaire qui avait le droit de demander 200 au *de cujus* ou de se payer de cette somme entière sur le bien hypothéqué, conservera ce droit envers tout détenteur du bien hypothéqué.

Si nous supposons au contraire, que le défunt a laissé deux héritiers et un légataire de 200, l'obligation

des héritiers naît divisée comme l'hypothèque qui la garantit, d'où la conséquence que chaque héritier n'est tenu hypothécairement que dans la mesure de ce dont il est tenu personnellement, cent sesterces dans notre espèce. Or, le légataire n'a jamais été créancier du *de cujus*; sa créance est née en la personne des héritiers; l'obligation d'acquitter le legs étant née divisée entre les héritiers, chacun de ceux-ci ne sera tenu personnellement que de sa part; il serait illogique que l'action hypothécaire fût plus étendue que l'action personnelle.

§ 2.

Il se pourrait cependant qu'*ex post facto*, l'action hypothécaire devint plus étendue que l'action personnelle; mais on ne peut concevoir qu'au décès du testateur les deux actions aient un quantum différent. C'est ce qui nous est dit par la constitution de Justinien qui institue l'hypothèque des légataires : « In omnibus autem casibus in tantum et hypothecaria unum quemque conveniri volumus in quantum personalis actio competit ⁽¹⁾. » Cela étant on pourrait prétendre que cette hypothèque manquât d'un des caractères le plus important, l'indivisibilité; on pourrait croire que Justinien entendit la soustraire à la règle générale de l'indivisibilité. Il n'en est rien pourtant et avec un peu de réflexion on arrive facilement à se convaincre que la phrase de Justinien : « in omnibus autem casibus, » n'est nullement exclusive du caractère indivisible de l'hypothèque. Observons toutefois, que l'hypothèque est indivisible de sa nature et non de son essence et qu'on

(1) C. 1, C. VI, XLIII.

peut très bien concevoir une hypothèque divisée qui mérite néanmoins ce nom. Ainsi : 1° une chose peut n'être hypothéquée que pour une partie de la dette ; « voluntate domini induci pignus ita posse ut in partem debiti sit obligatum ⁽¹⁾. »

2° On peut hypothéquer non seulement une part *pro diviso*, un *locus certus* mais une part *pro indiviso*, un tiers, un quart ; et si une chose est simultanément affectée à la garantie de plusieurs dettes, elle est, sauf convention contraire, réputée hypothéquée à la sûreté de chacune d'elles pour une part seulement qui est déterminée d'après le chiffre respectif des diverses créances ⁽²⁾. Ces exemples prouvent à l'évidence que la nature de l'hypothèque n'était pas un obstacle à sa division.

Rien de plus facile de supposer que deux débiteurs soient chacun tenus hypothécairement de 50, sans qu'on puisse exiger de l'un ni de l'autre l'exécution d'une obligation hypothécaire de 100.

Dans l'hypothèse que nous construisions tout à l'heure, les deux héritiers étaient tout à fait comme deux débiteurs étrangers l'un à l'autre et chacun d'eux n'était tenu hypothécairement que de la portion du legs afférant à sa part héréditaire. Ces deux héritiers pris individuellement, n'ayant jamais été personnellement tenus d'acquitter l'intégralité du legs, si on avait décidé qu'ils y étaient obligés hypothécairement, l'hypothèque aurait été plus étendue que la créance qu'elle garantissait ; c'eût été absurde.

Le système romain diffère de celui du Code civil, qui lui n'admet pas cette division. L'art. 1017, Cod.

(1) Marcien, l. 5, § 1, D. xx, t. II.

(2) Marcien, l. 16, § 8, D. xx, t. I.

civ., dit que chaque héritier ou débiteur du legs est tenu personnellement pour sa part et hypothécairement pour le tout. Sur ce point il faut le reconnaître, c'est la règle du droit romain et non celle du Code civil qui est logique et conforme à une rigoureuse analyse ⁽¹⁾. On a conjecturé que les rédacteurs du Code avaient commis cette erreur, faute d'avoir bien pénétré le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque; ils ont cédé à une illusion. Quand le testateur avait garanti par une hypothèque l'exécution d'une obligation qui lui incombait, son créancier hypothécaire avait eu pendant un certain temps une créance unique; à la mort du testateur sa dette s'est divisée mais l'hypothèque est demeurée une et indivisible, car la division de la créance n'entraîne pas la division de l'hypothèque. Au contraire, l'obligation *ex legato* ne prend naissance qu'à la mort du testateur; il naît autant de créances et, par suite, autant d'hypothèques qu'il y a d'héritiers se partageant la succession. L'indivisibilité, c'est l'absence de division d'un droit qu'à un moment donné a été un; ici l'indivisibilité serait la confusion de deux hypothèques distinctes à l'origine. Le législateur français n'aurait donc pas dû s'appuyer sur le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque pour déclarer que l'héritier serait tenu hypothécairement de l'intégralité des legs, il n'aurait pas du tout méconnu ce principe en décidant que chaque débiteur ne pourrait être poursuivi hypothécairement que pour sa part ⁽²⁾.

L'article 1017 ne vient pas de l'ancien droit; il constitue une innovation. Dumoulin, Cujas, Ricard,

(1) V. Machelard, *op. cit.*, p. 167.

(2) M. Gérardin à son cours de Pandectes.

Pothier même soutenaient que les héritiers n'étaient tenus que jusqu'à concurrence de leur portion héréditaire conformément à la constitution de Justinien et cela sans que l'effet déclaratif du partage y fit obstacle. Voici ce que dit Pothier à cet égard ⁽¹⁾ :

« Les dettes ont été contractées pour le total par le défunt qui y a hypothéqué tous et chacun de ses biens et par conséquent chaque portion des biens auxquels chaque héritier succède, se trouve hypothéquée au total de la dette. Au contraire l'obligation qui résulte des legs n'a été contractée que divisément dès son commencement par chacun des héritiers qui en sont tenus ; et par conséquent la partie des biens auxquels chacun a succédé ne peut être hypothéquée qu'à la part dont il est tenu des legs. »

§ 3.

Pour l'époque qui précède le partage, tous les interprètes, Furgole excepté dont le raisonnement est assez spécieux, s'accordent à reconnaître que l'action hypothécaire se divisait comme l'action personnelle. Furgole interprète autrement la constitution de Justinien. Pour lui les mots *in tantum* qu'on rencontre dans cette loi sont susceptibles de deux sens, qui peuvent aussi bien l'un que l'autre expliquer l'intention de l'empereur. Les mots *in tantum* signifient et *en tant* et *autant* dit Furgole, dès lors notre texte est susceptible de deux traductions : l'une qui disait *que chaque héritier est tenu hypothécairement en tant qu'il est tenu person-*

(1) Introduction à la coutume d'Orléans, t. XVI.

nellement; auquel cas le texte ferait allusion aux héritiers qui auraient été déchargés du paiement des legs par le testateur; ou bien *chaque héritier est tenu hypothécairement autant qu'il est tenu personnellement* et dans ce cas, le texte conclut en faveur de la divisibilité de l'hypothèque. L'auteur dont nous exposons l'opinion, se prononce pour la première traduction et par cela pour l'indivisibilité de l'hypothèque avant tout partage. Cela résulte, dit-il : 1° de ce que l'empereur Justinien a attaché aux legs une vraie action hypothécaire ou quasi-servienne qui permet de poursuivre les biens hypothéqués conformément au paragraphe 7 aux Inst. *de Act*; s'il avait voulu introduire une action hypothécaire de nature différente, il l'aurait fait par une disposition formelle et sans équivoque. 2° Cette action hypothécaire a été introduite pour assurer l'exécution de la volonté des testateurs et le paiement des legs. La loi sénatus-consulte le dit en termes exprès; or une hypothèque tronquée et mutilée par la division ne remplirait pas les vues du législateur. 3° Si l'on suivait l'opinion de quelques auteurs qui pensent que l'action personnelle est la base et la mesure de l'action hypothécaire, il s'en suivrait que si l'un des cohéritiers vendait sa portion de biens, les légataires n'ayant qu'une action hypothécaire divisée contre les autres cohéritiers, risqueraient de perdre le legs pour la portion du cohéritier qui aurait aliéné sa portion : car ils ne pouvaient pas agir contre les cohéritiers au delà de leur portion; ils ne pouvaient non plus agir contre le tiers acquéreur qui n'étant pas obligé personnellement, il ne pourrait pas être poursuivi hypothécairement, vu que selon l'opinion des auteurs l'action personnelle

doit servir de fondement à l'action hypothécaire et que, les biens ne peuvent être grevés d'hypothèque qu'entre les mains d'une personne obligée personnellement. Donc l'obligation personnelle ne passant pas contre l'acheteur du fonds et la loi sénatus-consulte refusant l'action hypothécaire sur les biens de l'héritier, il ne resterait aux légataires qu'une action personnelle contre celui qui aurait vendu sa portion de biens; action qui serait inefficace par suite de l'insolvabilité du cohéritier, et dans le cas où les biens propres seraient absorbés par des créances hypothécaires qu'il aurait contractées. Il y a toute apparence que l'empereur Justinien a introduit l'action hypothécaire au profit des légataires pour remédier à cet inconvénient et à tant d'autres qui les exposaient à perdre une partie de leurs legs. Or le but qu'il s'était proposé ne pouvait pas être atteint que si les légataires étaient admis, grâce à leur hypothèque, à poursuivre l'intégralité des legs contre l'un quelconque des héritiers ⁽¹⁾. L'opinion de Furgole n'a trouvé aucun crédit. Elle repose sur une traduction fantaisiste de la constitution de Justinien et sur la méconnaissance du droit de suite inhérent à toute hypothèque. Aussi la repoussons-nous avec l'unanimité des commentateurs modernes et la laissons-nous dans l'isolement où elle se trouve.

§ 4.

Si les commentateurs du droit romain s'accordent à reconnaître la division ou plutôt la multiplicité des hypothèques avant le partage, ils ne s'entendent plus

(1) Furgole, *Des testaments*, p. 98 et suiv.

aussi bien une fois le partage effectué. La majorité des auteurs veut qu'après le partage l'indivisibilité de l'hypothèque reprenne son empire, ou, pour être plus exact, que l'hypothèque, multiple jusque-là, devienne unique, et que chaque héritier soit tenu hypothécairement pour le tout sur les biens dont se compose son lot. Quelques rares jurisconsultes maintiennent même après le partage la division originaire, d'où il résulte que l'obligation hypothécaire de chaque héritier continue à être après le partage, ce qui était auparavant. Comment raisonne-t-on dans l'une et l'autre opinion?

Titius a institué deux héritiers pour parts égales, Primus et Secundus; il a légué 20,000 sesterces à Sempronius; sa fortune se compose du fonds A et du fonds B qui sont de même valeur. Tant que les deux fonds restent indivis, pas de difficulté, Sempronius qui peut demander personnellement 10,000 à chaque héritier, n'obtiendra pas davantage par l'action hypothécaire. Payez 10,000 peut-il dire à Primus ou délaissez votre part indivise du fonds A et votre part indivise du fonds B, c'est là son seul droit; et du jour où Primus a payé 10,000, sa part indivise du fonds A et sa part indivise du fonds B sont libres de toute hypothèque.

« Mais — dit M. Demangeat — les choses vont changer d'aspect si nous supposons que le légataire invoque son hypothèque après que la succession a déjà été partagée entre les deux héritiers. Par l'effet du partage, Primus est aujourd'hui seul propriétaire du fonds A, Secundus seul propriétaire du fonds B. En réalité, il y a là un échange..... En somme, Primus,

adjudicataire du fonds A, détient deux moitiés indivises, l'une affectée au paiement de 10,000 sesterces dus personnellement par lui, l'autre affectée au paiement de 10,000 sesterces dus hypothécairement par Secundus : donc, le légataire qui personnellement ne peut lui demander que 10, peut hypothécairement lui demander 20. Voilà où mènent forcément les principes de l'hypothèque et du partage⁽¹⁾. »

L'éminent romaniste, ainsi que plusieurs autres savants commentateurs, fait au légataire une situation différente, suivant que le partage est intervenu ou non. Avant le partage, le légataire ne pouvait s'adresser hypothécairement à chaque héritier que dans la mesure de ce qu'il avait le droit de lui demander personnellement; après le partage, la situation du légataire devient plus favorable, il peut demander hypothécairement à chaque héritier le legs en son entier. C'est une conséquence du caractère translatif du partage.

Cette argumentation est combattue par M. Jourdan, qui, reprenant l'exemple de M. Demangeat, raisonne de la manière suivante :

« Titius a institué deux héritiers, Primus et Secundus, pour parts égales, il a légué 20,000 à Sempronius; sa fortune se compose des fonds A et B de même valeur; quelle est l'action personnelle de Sempronius contre Primus ou Secundus? En vertu du principe de la division des dettes, il ne peut demander à chacun que 10,000. *Quid* hypothécairement? 10,000. L'action hypothécaire se formule ainsi : délaissez ou

(1) *Droit romain*, I, p. 783.

payez; eh bien, Sempronius ne pourra dire délaïssez ou payez 20,000. C'est pourtant la conclusion à laquelle arrive M. Demangeat qui dit : voilà où mènent forcément les principes de l'hypothèque. Or, les principes de l'hypothèque n'exigent pas cela, car ici la volonté de la loi ou, ce qui revient au même dans l'espèce, la volonté du testateur est au-dessus de ces principes qui n'ont rien de sacramentel. La solution de M. Demangeat serait bonne et, en effet conforme aux principes, si, au lieu d'un legs, il s'agissait d'une dette héréditaire, si Titius, le testateur, étant débiteur envers Sempronius de 20,000 et lui ayant hypothéqué les fonds A et B, mourait laissant deux héritiers, Primus et Secundus. Dans ce cas, il serait vrai de dire que Sempronius qui, personnellement, ne peut demander à Secundus que 10,000, pouvait lui demander hypothécairement 20,000 se fondant sur le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Ici il en est autrement; Titius a pu faire au légataire la situation qui lui plaît, il lui a dit : je vous lègue 20,000, je laisse les fonds A et B d'égale valeur, je prévois que chacun de mes héritiers prendra l'un de ces fonds, eh bien! vous aurez contre Primus une créance de 10,000 garantie par une hypothèque sur le fonds A, et contre Secundus une créance de 10,000 garantie par une hypothèque sur le fonds B. Que le testateur ait pu faire les choses ainsi, cela n'est pas douteux, et c'est précisément l'intention que lui prête la constitution de Justinien sur les termes de laquelle notre solution est calquée. Il est évident que Justinien (*in omnibus autem casibus...*) a entendu déroger, en quelque sorte, à ce qui se passe d'ordinaire, lorsqu'il y a plusieurs

héritiers tenus à la fois personnellement et hypothécairement ⁽¹⁾. »

M. Jourdan invoque principalement l'intention du testateur ; nous ne doutons pas que la constitution de Justinien n'ait eu pour but de la consacrer, mais encore faudrait-il pouvoir la discerner avec certitude. Tout est présomption dans le raisonnement de M. Jourdan, et si l'ensemble de son argumentation est sujet à ce reproche, son opinion peut être corroborée par plusieurs remarques.

On peut observer que Justinien tout en protégeant les légataires, n'a pas voulu les favoriser outre mesure et qu'il a dû ne leur accorder l'action hypothécaire que dans la limite de l'action personnelle ; cela ressort de la manière dont sa constitution est rédigée. L'empereur savait très bien que l'hérédité se partagerait entre les héritiers ; il connaissait l'effet du partage : il est dès lors à présumer qu'il a entendu maintenir la division de l'action hypothécaire même après le partage ; autrement il aurait risqué de voir l'hypothèque qu'il venait de créer, remplir imparfaitement son but. Pour défendre son opinion, M. Jourdan fait une comparaison entre une constitution de Dioclétien ⁽²⁾ et la constitution de Justinien qui a établi l'hypothèque dont nous nous occupons. Dioclétien s'exprime ainsi : « *Actio quidem personalis inter heredes pro singulis proportionibus quæsitæ scinditur ; pignoris autem jure multis obligatis rebus quas diversi possident, cum ejus vindicatio non personam obliget sed rem sequatur ; qui possident tenentes pro modo singularum rerum substantiæ con-*

(1) *L'hypothèque en droit romain*, p. 409.

(2) 2, c. VIII, t. XXXII.

veniuntur sed in solidum ut vel totum debitum reddant vel eo quod detinent cedant. » Tout autre est le langage de Justinien dans la constitution que nous avons citée plus haut : « In omnibus casibus — dit-il, — in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus in quantum personalis actio competit. » Ne dirait-on pas vraiment, conclut M. Jourdan, que Justinien quand il dictait sa constitution avait sous les yeux celle de Dioclétien et qu'il en prenait le contre-pied précisément à raison de la différence des situations?

Déduire de la manière dont une loi est rédigée, que Justinien a voulu faire une si grande réforme dans les principes, c'est tout au moins singulier. Il aurait pu sans doute, décider qu'à l'avenir — du moins vis-à-vis des légataires — le partage n'aurait plus les mêmes effets, mais cette décision s'il s'y était arrêté, aurait fait l'objet d'une constitution spéciale; l'empereur si prolixé d'habitude n'aurait pas été si laconique pour opérer une réforme si importante. Prétendre qu'elle est contenue dans la constitution 1, C., c'est avancer un fait plus que douteux; rien n'indique, en effet, dans cette constitution et ses termes moins que tout le reste, que l'empereur ait envisagé la situation que le partage ferait aux légataires.

§ 5.

L'opinion communément admise est, qu'à partir du partage il faut appliquer le principe de l'indivisibilité sans restriction aucune. Nous savons comment M. Demangeat soutient cette thèse; M. Accarias est aussi

affirmatif. L'éminent professeur admet avec l'unanimité des commentateurs, qu'avant le partage chaque héritier n'est tenu personnellement et hypothécairement que pour sa part, « mais — continue-t-il — il résulte du caractère translatif du partage combiné avec le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque que cette dernière décision cesse d'être vraie à compter du partage. » Et il conclut comme il suit : « La vérité est donc qu'après le partage, chaque cohéritier détenteur d'un bien de la succession peut être poursuivi hypothécairement sur ce bien jusqu'à concurrence de la totalité du legs et cela n'a rien d'inique, car les cohéritiers ont pu ou payer le légataire avant de procéder au partage, ou se fournir des sûretés réciproques ⁽¹⁾. »

La même idée est renfermée dans M. Machelard qui s'explique ainsi : « La faculté pour le légataire d'agir hypothécairement *in solidum* après le partage contre l'héritier auquel il s'adressait, était la conséquence de ces deux règles, l'une que le partage est translatif de propriété (principe répudié aujourd'hui); l'autre également vraie de nos jours que l'hypothèque suit la chose grevée entre les mains de l'acquéreur ⁽²⁾. »

Nous n'hésitons pas à nous ranger à l'opinion de nos maîtres qui est plus conforme aux textes et par conséquent plus sûre. Tout le monde s'accorde à refuser aux légataires le droit d'obtenir par l'action hypothécaire, avant le partage plus qu'ils en peuvent réclamer par l'action personnelle.

Après le partage, nous n'admettons pas l'opinion de M. Jourdan pour les raisons suivantes : nous in-

(1) *Précis de droit romain*, I, p. 1034.

(2) Machelard, *op. cit.*, p. 169.

voquons deux principes que M. Jourdan ne contestera assurément pas : 1° en droit romain, le partage était translatif de propriété; 2° l'hypothèque en tant que droit réel conférait un droit de suite, la faculté de suivre la chose hypothéquée en quelques mains qu'elle passât. Or, le système que nous combattons méconnaît ce droit de suite, c'est à tort assurément, à moins qu'on ne nous démontre, avec textes à l'appui, que le partage en droit romain était, comme en droit moderne, déclaratif et non translatif de propriété.

Prenons l'exemple cité au commencement de la discussion. Avant le partage, l'hypothèque grève les deux fonds dont les deux héritiers sont propriétaires par indivis; une adjudication rend Primus propriétaire exclusif du fonds A et Secundus du fonds B. En réalité, il est intervenu un échange; chacun des héritiers a renoncé, en faveur de l'autre, à la part indivise dans le fonds dont son cohéritier s'est rendu acquéreur. D'autre part, chaque fonds était grevé d'hypothèque du chef des deux cohéritiers; l'acquisition d'un de ces fonds en pleine propriété, faite par un des cohéritiers, a-t-elle fait disparaître l'hypothèque qui pesait sur ce fonds du chef de l'autre? Non, assurément. Quant aux hypothèques dont ce fonds était grevé du chef de l'acquéreur lui-même, il va sans dire qu'elles subsistent. La conséquence est que le bien reste entièrement hypothéqué : pour une moitié indivise du chef du cohéritier qui s'est rendu adjudicataire; pour l'autre moitié indivise du chef de l'autre cohéritier vis-à-vis duquel l'acquéreur est un tiers détenteur. Ce que nous disons du fonds A s'applique au fonds B. En résumé, ce que nous voulons dire,

c'est que l'adjudication n'a pas pu faire perdre au légataire les deux hypothèques qu'il avait sur le bien hypothéqué, et qu'il peut après le partage, les exercer pour le tout sur chaque bien, le partage n'ayant pas fait autre chose que réunir sur la même tête les deux moitiés d'un bien grevées d'hypothèque qui appartenaient jusque-là à des propriétaires différents. En conséquence, chaque cohéritier peut être poursuivi, et pour ce qu'il doit personnellement et du chef de son cohéritier. En d'autres termes, chacun d'eux sera tenu personnellement pour moitié et hypothécairement du chef de son cohéritier pour l'autre moitié. Cela résulte non de l'indivisibilité de l'hypothèque, mais du caractère translatif du partage et du droit de suite inhérent à l'hypothèque ⁽¹⁾.

Nous pensons des légataires en présence d'un cohéritier qui devient, par le partage, propriétaire exclusif d'un bien héréditaire, qu'ils ont la même situation qu'en présence d'un tiers qui s'est rendu acquéreur de la part d'un des cohéritiers dans un bien héréditaire; dans ce dernier cas, refuserait-on aux légataires le droit d'intenter l'action hypothécaire pour une moitié dans notre espèce pour 10,000 contre le tiers acquéreur? Assurément non; pourquoi en serait-il autrement dans le cas où l'acquéreur de cette part serait le cohéritier? Si l'on admet que l'hypothèque emporte droit de suite, il faut permettre aux légataires de l'exercer à l'encontre de n'importe qui.

En outre il n'existe pas à notre connaissance de texte qui fasse exception au principe translatif du partage

(1) M. Gérardin à son cours de Pandectes.

dans le cas où les héritiers sont en présence des légataires. Les Romains n'ont reconnu dans aucun cas au partage d'autre caractère que celui d'être translatif de propriété : « *Illud tenendum est si quis communis rei partim pro indiviso dederit hypothecæ, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quæ ei obtingit qui pignori dedit sed utriusque pars pro indiviso, pro parte dimidia manebit obligata* ⁽¹⁾. » Rien ne nous indique que Justinien ait voulu modifier en quoi que ce fût la nature du partage et les effets qu'il produisait avant lui.

Nous ne nions pas que l'hypothèque des légataires, comme le dit M. Jourdan, a été établie par interprétation de la volonté du testateur; mais nous prétendons que si le testateur a voulu assurer l'exécution des dispositions de sa dernière volonté en conférant aux légataires une hypothèque, il a entendu que cette hypothèque eût la même étendue et entraînat les mêmes conséquences que toute hypothèque. En d'autres termes, l'hypothèque que le testateur confère aux légataires n'a rien d'exceptionnel et produit les effets habituels de l'hypothèque. Sans doute Justinien aurait pu créer une hypothèque qui dérogeât aux règles ordinaires, mais rien ne nous indique qu'il l'ait fait et dès lors il faut croire qu'ayant conservé le mot il a conservé la chose.

M. Jourdan se fonde encore pour défendre son opinion, sur une comparaison qu'il établit entre une constitution de Dioclétien et la constitution de Justinien; il en conclut « que Justinien quand il dictait sa constitution avait sous les yeux celle de Dioclétien et qu'il

(1) Gaius, l. 7, § 4, D. xx, t. VI.

en prenait le contre-pied précisément à raison de la différence des situations. » Pour nous la constitution de Justinien n'a nullement en vue la situation des légataires après le partage effectué; elle n'a trait qu'à leur situation avant tout partage; sur ce point tout le monde est d'accord. Les conséquences et les effets du partage n'étant pas entrés dans les prévisions de l'empereur, la comparaison que M. Jourdan établit ne prête aucun appui à l'opinion que nous combattons.

§ 6.

Sur quels biens porte l'hypothèque des légataires?... « Et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personæ quæ gravata est fideicommisso, verum sed tantum eorum quæ a testatore ad eam pervenerunt⁽¹⁾. » L'hypothèque ne grève que les biens du *de cuius* recueillis par celui qui est tenu au paiement des legs. La sûreté que Justinien a procurée aux légataires, ne peut avoir pour assiette que les biens du testateur; c'est sur ces biens que ses libéralités s'exécute; les biens de l'héritier ne servent pas à les acquitter.

A partir de quel moment l'hypothèque grevait-elle ces biens? nous répondons sans hésiter que c'était au moment où les obligations de l'héritier prenaient naissance, à partir de l'adition d'hérédité. C'est du quasi-contrat d'acceptation de l'hérédité que découlaient toutes les obligations de l'héritier, c'était seulement depuis lors que l'hypothèque existait, la sûreté ne pouvant pas naître avant la créance qu'elle garantissait.

(1) Const. 1, c. VI, XLIII.

C'est à tort qu'on a prétendu que l'hypothèque des légataires étant une hypothèque légale naissait au décès du testateur, car à ce moment, l'héritier n'étant saisi ni activement ni passivement, l'action hypothécaire ne pouvait s'asseoir sur aucune action personnelle; or, elle ne pouvait exister isolément.

Avant d'étudier l'influence qu'exerça l'hypothèque des légataires sur les autres sûretés qui leur appartenaient, examinons à grands traits en quoi consistaient ces sûretés et quelle protection elles offraient à ceux qui y avaient droit. Nous avons à parler de la *cautio legatorum* et de la *separatio bonorum* dont l'utilité a été bien amoindrie par l'hypothèque.

CHAPITRE IV.

CAUTIO LEGATORUM.



§ 1.

Le droit des légataires devenait certain à partir de l'adition d'hérédité. Dès cet instant il fallait veiller à sa conservation. Dans le silence de la loi, le prêteur dut aviser. Il obligea toute personne grevée d'une libéralité testamentaire à fournir une *cautio* qui garantît l'observation de la volonté du testateur et qui répondît du dol de l'héritier. Cette obligation était imposée à toute personne grevée d'un legs ou d'un fidéicommiss; elle pesait même sur un cohéritier vis-à-vis de son

cohéritier bénéficiaire d'un legs *per præceptionem* pour la portion des biens héréditaires qui était sujette au prélèvement. Cette caution avait pour but d'assurer la conservation de l'objet légué jusqu'à sa délivrance. Elle pouvait être exigée même avant l'adition, quand on ignorait que l'adition aurait lieu ou non : « Tunc ante aditam hereditatem satisdandum de legatis est cum adhuc dubium est an hereditas adeatur ⁽¹⁾. » La *cautio legatorum* pouvait être exigée même comme sûreté d'un legs pur et simple : « Etiam de præsentī legato locum habet hæc satisdatio; quoniam nonnullas moras exercitio judicii habet ⁽²⁾; » à plus forte raison était-elle due quand le legs était à terme ou sous condition. Il suffisait qu'une libéralité de dernière volonté eût été faite; mais s'il était certain, dès le jour où la caution était demandée, que le légataire n'aurait jamais droit au legs, il n'y avait pas lieu de la fournir; on pouvait pour s'y soustraire, faire juger immédiatement la question de validité du legs : « Si is a quo satis petitur offerat cognitionem et dicat hodie constet de fideicommisso, hodie agamus, dicendum est cessare satisdationem cum possit ante de fideicommisso quam de satisdatione constare ⁽³⁾. »

La *cautio legatorum* était due par tout héritier et tout légataire y avait droit, sauf quelques exceptions : 1° le fisc ne la devait jamais, il était censé solvable ⁽⁴⁾; 2° quand le testament contenait une clause qui dispensait l'héritier de la fournir, la *cautio* n'était pas due ⁽⁵⁾;

(1) Ulpien, l. 1, § 4, D. xxxvi, t. IV.

(2) Paul, l. 15 pr., D. xxxvi, t. III.

(3) Ulpien, l. 3 pr., D. xxxvi, t. IV.

(4) L. 1, § 18, D. xxxvi, t. III.

(5) Marcien, l. 12, *cod.*

3° étaient dispensés par la loi de donner caution, à moins d'une disposition contraire du testateur, le père et la mère, les frères et sœurs du légataire ⁽¹⁾. Ce privilège était perdu pour le père et la mère s'ils convoquaient en secondes noces; 4° il n'était pas dû caution au débiteur auquel avait été légué sa libération. Dans ce cas le légataire n'avait pas intérêt à obtenir une caution car il était investi de son legs et si plus tard l'héritier le poursuivait en paiement de la dette, il le repoussait par une exception de dol; 5° il est évident enfin que le légataire n'avait pas droit à une caution s'il y avait renoncé.

La *cautio legatorum* perdait toute utilité quand ayant été fournie pour un legs conditionnel, le légataire décédait *pendente conditione*. Elle devenait inefficace par cas fortuit, l'insolvabilité du fidéjusseur par exemple; ou la confusion sur la même tête des qualités de fidéjusseur et de légataire; dans ces deux cas il en était dû une autre. Avant d'accorder la caution, le prêteur devait examiner si ce n'était par esprit de vexation que le légataire la demandait : dans ce but le débiteur, l'héritier, pouvait engager une *cognitio*, provoquer un débat sur le fond afin de se soustraire à l'obligation de fournir la sûreté demandée.

§ 2.

En quoi consistait cette *cautio*? c'était une promesse verbale accompagnée de satisdation. Cette promesse verbale fut nécessaire tant que les Romains ne con-

(1) Scævola, l. 18, *eod.*

nurent pas d'autres moyens de garantie que les *sponsores* et les *fidepromissores*; on sait que ces deux formes de cautionnement, ne pouvaient garantir que des obligations nées *verbis*, des stipulations, d'où la nécessité pour l'héritier de faire une promesse verbale. L'introduction de la fidéjussion qui pouvait s'appliquer à toutes espèces d'obligations rendit inutile la promesse verbale de l'héritier, et plus rare l'emploi des deux autres modes de cautionnement.

Ce qu'il y avait de plus important dans la *cautio legatorum*, c'était assurément la satisfaction; le fidéjusseur prenait envers le légataire le même engagement que l'héritier et par conséquent le bénéficiaire du legs courait moins de risques en cas d'insolvabilité de ce dernier. La promesse personnelle portait sur ce qui faisait l'objet du legs et si le legs était d'une valeur incertaine, le juge fixait l'importance de la stipulation à intervenir ⁽¹⁾; qui en principe portait sur tout ce que comprenait le legs.

Quand un légataire réclamait son legs en justice sans avoir préalablement exigé la caution, il perdait par la *litiscontestatio* le droit de la demander ⁽²⁾. Mais si le légataire réussissait dans son action et que l'héritier appelât de la sentence du juge, les choses étant alors remises au même état qu'avant toute *litiscontestatio*, le légataire recouvrait le droit de se mettre à l'abri des dangers que lui faisait courir le mauvais vouloir de l'héritier et pouvait demander la caution ⁽³⁾.

Il pouvait très bien se faire que l'héritier ne voulût

(1) Ulpien, l. 6, D. xxxvi, t. III.

(2) 1, § 9, D. *eod.*

(3) L. 1, § ult. *eod.*

pas donner caution, ou qu'il ne pût pas la fournir; dans ces deux cas pour triompher de son mauvais vouloir ou remédier à son insolvabilité, on recourait à la *missio in possessionem*. Toute personne grevée d'une libéralité et qui ne donnait pas la caution demandée pouvait subir cette mesure rigoureuse.

Cette institution d'origine prétorienne comme la caution qu'elle sanctionnait, consistait dans l'envoi du légataire en possession des biens du *de cuius*. Les villes elles-mêmes qui étaient grevées de legs mis à la charge d'une hérédité qu'elles avaient recueillie et qui refusaient de faire la promesse qui tenait lieu de caution, encourageaient la *missio in possessionem*. Il n'y avait d'exception qu'au profit de l'enfant simplement conçu, le *nasciturus* qui se trouvant dans l'impossibilité matérielle de faire la stipulation exigée, n'y était pas exposé. Qu'était-ce que cette mesure? C'était ni plus ni moins l'entrée du légataire en la possession des biens du défunt; pour qu'il pût s'y maintenir, on lui accordait un interdit qui lui permettait de requérir la force publique. En vertu de cet envoi en possession, le *missus* obtenait la garde de tous les biens héréditaires auquel avait droit celui qui avait refusé de donner la caution. L'envoi en possession était très préjudiciable à l'héritier; c'était même une peine dont ses cohéritiers innocents subissaient à l'origine les conséquences. Mais on ne tarda pas à accorder à ces derniers le droit de fournir la caution refusée par leur cohéritier, afin qu'ils ne fussent pas dérangés dans l'administration des biens héréditaires.

La *missio in possessionem* comprenait tous les biens auxquels avait droit le grevé à titre héréditaire; si ces

biens consistaient en tout ou partie en actions à exercer, non susceptibles par leur nature de possession matérielle, leur exercice appartenait au légataire à la place de l'héritier. Mais comme on ne pouvait cependant pas laisser l'héritier à la merci du légataire, on ne lui permettait d'exercer les actions qu'après avoir donné caution de restituer au cas où son droit à la libéralité s'évanouirait ⁽¹⁾. On pouvait accorder conjointement aux légataires l'envoi en possession ; chacun d'eux pouvait aussi se faire mettre en possession des seuls biens qui lui avaient été légués ⁽²⁾. Celui auquel la *missio* était accordée pour sûreté de son legs ou de son fidéicommis, avait la garde de la chose et un droit d'administration. Il recueillait les fruits mais il en devait compte ; s'il les consommait, il devait les imputer sur les intérêts de son legs s'il y avait lieu et, pour le surplus, sur le capital. Il ne pouvait vendre les biens en la possession desquels il avait été envoyé, qu'autant qu'il y avait intérêt et que le magistrat l'y avait autorisé.

Si un créancier de l'héritier avait demandé avant le légataire une *missio in possessionem*, le légataire auquel l'héritier refusait la *cautio* pouvait-il aussi l'obtenir ? Oui, l'envoi en possession qui avait eu lieu au profit du créancier ne préjudiciait pas au légataire, la *missio* qui lui était accordée différait de celle du créancier. La *missio* du créancier tendait à la vente des biens du débiteur, la *missio* du légataire avait pour but d'amener l'héritier auquel elle préjudiciait à donner caution ou à acquitter le legs. Voici comment s'exprime à cet égard le jurisconsulte Ulpien : « Is cui legatorum

(1) Ulpien, l. 5, § 29 et 30, D. xxxvi, IV.

(2) Hermog, l. 44, pr., D. xxxvi, IV.

fideicommissorum nomine non cavetur, missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit; nec tam possessio rerum ei quam custodia datur : neque enim expellendi heredem jus habet, sed simul eum eo possidere jubetur, ut saltem tædio perpetuæ custodiæ extorqueat heredi cautionem ⁽¹⁾. »

L'envoi en possession du légataire avait en un mot, le même effet que la *missio* accordée par le prêteur à la suite du refus du propriétaire dont l'édifice menaçait ruine de fournir la *cautio damni infecti*.

La *cautio legatorum* pouvait ne pas donner aux légataires une sécurité complète. D'un autre côté, l'insolvabilité de l'héritier contre laquelle la *cautio* protégeait les légataires, pouvait exister dès l'époque de l'adition auquel cas la caution était difficile à trouver; enfin, même quand l'insolvabilité de l'héritier ne survenait que longtemps après l'adition, l'exécution des libéralités testamentaires pouvait être encore compromise; car soit que le légataire eût négligé de demander la caution à laquelle il avait droit, soit qu'il se fût trouvé dans un des cas où il n'avait pas droit à cette sûreté, la caution ne le protégeait pas. On lui vint en aide au moyen de la *separatio bonorum*.

(1) L. 5, pr., D. xxxvi, IV.

CHAPITRE V.

LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.



§ 1.

La séparation des patrimoines n'était nécessaire au légataire qu'en cas d'insolvabilité de l'héritier; quand celui-ci avait de quoi payer ses dettes personnelles et celles de la succession, il était évident que le légataire n'avait aucun intérêt à invoquer cette sûreté; il lui suffisait d'exercer l'action qui lui était ouverte en sa qualité de légataire pour obtenir une condamnation qui s'exécutait sur les biens de l'héritier. Mais quand ce dernier était insolvable, le légataire pouvait à bon droit redouter que les créanciers personnels de l'héritier ne vinssent en concours avec lui et réduisissent à très peu de chose les valeurs héréditaires sur lesquelles les créanciers du défunt et les légataires avaient cependant des droits particuliers.

Pour faire échapper les légataires et les créanciers de la succession au danger de ce concours, le prêteur leur permit de demander la *separatio bonorum defuncti* d'avec les biens de l'héritier. Cette protection prétorienne leur était d'ailleurs exclusivement réservée; elle était refusée aux créanciers personnels de l'héritier. Cela se comprend très bien, les créanciers de la succession comme les légataires subissaient un

état de choses auquel ils n'avaient pas pu se soustraire; ils étaient dignes par conséquent, de la sollicitude du prêteur. Il en résultait que les créanciers personnels de l'héritier n'avaient aucun moyen de l'empêcher d'augmenter son insolvabilité par l'acceptation d'une succession onéreuse; on ne pouvait leur venir en aide d'aucune manière, la règle étant qu'un débiteur, même insolvable, reste libre d'aggraver, par de nouvelles dettes, la condition de ses créanciers. C'est ce qui nous est dit par Ulpien ⁽¹⁾. — Les créanciers de l'héritier, disait-on, doivent s'imputer d'avoir contracté avec lui. Ulpien estime pourtant que le prêteur pouvait les secourir *extra ordinem*, mais seulement en cas de fraude ⁽²⁾.

La séparation des patrimoines avait été créée originellement au profit des créanciers de la succession, et ce n'est que plus tard qu'elle fut accordée aux légataires, sans distinguer si la libéralité à eux faite était à terme ou conditionnelle. L'héritier légataire *per præceptionem* pouvait s'en prévaloir vis-à-vis des créanciers personnels de ses cohéritiers ⁽³⁾.

Les textes sont peu explicites sur la procédure à suivre pour l'obtention de ce bénéfice. Tout ce que nous en savons, c'est que la demande en était formée contre les créanciers personnels de l'héritier ⁽⁴⁾, quand les biens de celui-ci allaient être mis en vente. Ceux au profit de qui avait été établie la *bonorum separatio*, devaient donc attendre que les créanciers personnels

(1) L. 1, § 2, D. XLII, VI.

(2) L. 1, § 5, *eod.*

(3) L. 7, c. VII, t. LXXII.

(4) L. 1, § 7, D. XLII, VI.

de l'héritier poursuivissent la *venditio* des biens héréditaires pour demander la séparation. En dehors de ce cas, les créanciers héréditaires et les légataires ne pouvaient que traduire l'héritier en justice, obtenir contre lui condamnation et procéder ensuite à la vente de ses biens, et encore les créanciers ou légataires à terme ou sous condition n'avaient-ils la faculté de vendre qu'à l'échéance ou à l'accomplissement de la condition. Mais il en résultait rarement pour eux un sérieux préjudice, car quand l'héritier était insolvable, les créanciers ou légataires purs et simples le poursuivaient et, à l'occasion de cette poursuite, les créanciers ou légataires à terme ou conditionnels pouvaient réclamer le bénéfice de séparation.

La demande de séparation devait être portée devant le prêteur ou le gouverneur de la province qui prononçait lui-même la *separatio* ⁽¹⁾. Le magistrat ne l'accordait ou la refusait que *causâ cognitâ*.

§ 2. — *Les effets de la séparation des biens.*

La séparation des biens une fois obtenue, divisait en quelque sorte les biens de l'héritier en deux masses : d'une part, les biens héréditaires qui étaient affectés au paiement des créanciers et légataires séparatistes ; d'autre part, les biens personnels de l'héritier qui formaient le gage de ses créanciers et des créanciers et légataires du défunt qui n'avaient pas invoqué la séparation : la séparation des biens ne profitait, en effet, qu'à ceux qui l'avaient demandée. Écoutons Ul-

(1) Ulpien, l. 4, pr., et § 14, D. XLII, VI.

pien : « Quæsitum est si forte sint plures creditores quidam secuti heredem, quidam non secuti et hi qui heredem secuti non sunt impetraverint separationem : an eos secum admittant qui secuti sunt? et putem nihil eis prodesse, hos enim cum creditoribus heredis numerandos ⁽¹⁾. » — Si les créanciers et les légataires avaient été également diligents, les premiers l'emportaient néanmoins sur les seconds, la séparation des patrimoines n'ayant eu pour objet que de conserver aux bénéficiaires la situation qu'ils avaient au décès du testateur; « legatarios autem in ea tantum parte quæ de bonis servari potuit habere pignoris causam convenit ⁽²⁾. » Quand la séparation n'avait été demandée par personne, le droit des légataires se réglait au jour de la mort du testateur, déduction faite de toutes les dettes héréditaires; s'il y avait eu *separatio* accordée, leur droit ne se déterminait qu'à l'époque de la *venditio honorum*, et toute variation qu'avait pu subir les valeurs héréditaires dans l'intervalle du décès à la *venditio*, était à l'avantage ou au détriment des légataires.

Avant de demander le bénéfice de séparation, les légataires avaient pour gage les biens laissés par le défunt et les biens de l'héritier; par la séparation ils restreignaient leur gage qui ne portait plus que sur les biens héréditaires. Cette diminution de leur gage, les privait-elle à jamais du droit d'exercer des poursuites sur les biens personnels de l'héritier? La question présentait de l'importance dans le cas où l'héritier était insolvable au moment de l'adition, les légataires avaient

(1) L. 1, § 16, D. *eod.*

(2) Pap., l. 4, § 1, D. *eod.*

demandé et obtenu la séparation et que plus tard, par un retour de fortune, l'héritier était devenu riche. En pareil cas, à supposer que l'hérédité n'eût pas suffi à l'acquittement intégral de leurs legs, pouvaient-ils recourir contre l'héritier sur ses biens personnels, après bien entendu, que ses propres créanciers avaient été désintéressés? Les légataires séparatistes avaient voulu n'avoir rien de commun avec l'héritier, ils avaient manifesté clairement leur intention de ne pas accepter l'héritier pour débiteur; était-il raisonnable de leur accorder un recours sur les biens personnels de ce dernier? Paul le leur refuse ⁽¹⁾. L'opinion de ce jurisconsulte était admise par Ulpien, mais avec cette restriction que si l'erreur des légataires (des créanciers dit-il, mais créanciers et légataires dans la matière qui nous préoccupe avaient les mêmes droits) était légitime et les circonstances favorables, ils pouvaient obtenir du préteur une dispense, *veniam*, moyennant laquelle leur recours contre l'héritier était possible ⁽²⁾.

Papinien était encore plus favorable aux créanciers héréditaires et par conséquent aux légataires. Il admettait quand la succession était insuffisante que les créanciers héréditaires pussent poursuivre les biens de l'héritier après le désintéressement complet des créanciers personnels de ce dernier. « Sed in quolibet alio creditore — s'exprime le jurisconsulte ⁽³⁾ — qui separationem impetravit, probari commodius est, ut si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat si proprii creditores here-

(1) L. 5, D. *eod.*

(2) L. 1, § 17, D. *eod.*

(3) L. 3, § 2, D. *eod.*

dis fuerint dimissi : quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis, dimissis hereditariis. » Le raisonnement de Papinien paraît d'ailleurs assez bon, car qu'est-ce qu'ont voulu les créanciers séparatistes? ils ont voulu être payés à l'exclusion de tous les autres sur les biens héréditaires et non pas renoncer à poursuivre l'héritier sur ses biens personnels; d'autre part, quand les séparatistes étaient pleinement désintéressés et qu'il restait un excédant de biens héréditaires, rien n'empêchait les créanciers personnels de l'héritier de se le faire attribuer; pourquoi n'aurait-on pas admis la réciproque? Il est évident toutefois que l'opinion de Papinien ne prévalut pas puisque Paul et Ulpien qui lui sont postérieurs la rejetaient.

§ 3.

Quand les créanciers héréditaires et les légataires obtenaient tous la séparation, ils conservaient la situation qu'ils avaient au décès du testateur; mais qu'arrivait-il quand les légataires qui avaient seuls obtenu la séparation, les créanciers héréditaires ayant négligé de la demander? Le bénéfice obtenu par les légataires pouvait-il être opposé aux créanciers héréditaires comme aux créanciers personnels de l'héritier; ou bien les légataires ne pouvaient s'en prévaloir qu'à l'encontre de ces derniers? En absence de textes on est réduit aux conjectures; et l'on ne peut répondre sûrement. Déclarer que les légataires pouvaient opposer leur bénéfice même aux créanciers héréditaires, c'est admettre qu'ils étaient payés par cela seul que le patrimoine héréditaire, *ære alieno deducto*, était lors du décès

du testateur suffisant pour les désintéresser. Si plus tard ce même patrimoine se trouvait réduit et ne suffisait plus à payer créanciers et légataires, peu importait aux légataires : les créanciers du défunt devaient se montrer diligents pour conserver dans sa perfection et jusqu'à la *venditio bonorum* le droit de préférence qu'ils avaient contre les légataires. Si on pense au contraire que le bénéfice obtenu par les légataires seuls ne pouvait être invoqué contre les créanciers héréditaires, les légataires n'étaient payés que s'il restait un excédant sur les biens du *de cuius* au moment de la *venditio bonorum*. Quelle que soit l'opinion que l'on adopte, elle est arbitraire, car elle ne se fonde sur aucun texte. Pour notre part, nous aimons à croire que les légataires séparatistes se prévalaient avec succès de leur bénéfice, même vis-à-vis des créanciers héréditaires négligents. Rien ne nous indique que les créanciers héréditaires pouvaient opposer le bénéfice obtenu par les légataires aux créanciers personnels qui poursuivaient la *venditio*.

D'un autre côté, ce serait ne pas tenir compte des raisons qui ont déterminé le préteur à étendre aux légataires le bénéfice de séparation que de le leur refuser vis-à-vis des créanciers du *de cuius*, puisque d'après les jurisconsultes Paul et Ulpien l'obtention de ce bénéfice leur faisait perdre tout droit sur les biens personnels de l'héritier; une mesure destinée à les protéger ne pouvait pas avoir pour effet principal de leur préjudicier.

Nous savons ce qu'était la séparation des patrimoines, au profit de qui elle était établie, comment on pouvait l'obtenir et quels étaient ses effets; il nous

reste à faire connaître les circonstances qui empêchaient de l'obtenir; car il ne faut pas croire qu'une fois ce bénéfice institué, on pouvait toujours l'obtenir sans qu'aucun événement de fait ou de temps ne le fit refuser. Nous serons d'ailleurs très bref sur les circonstances qui empêchaient le légataire d'obtenir ce bénéfice, la matière de la séparation des patrimoines ne se rattachant qu'accidentellement au sujet de notre étude.

§ 4.

Les créanciers héréditaires et les légataires devaient veiller sur l'actif héréditaire, ils devaient faire grande attention à ce que les biens du *de cuius* ne fussent pas aliénés. Car si les biens qui constituaient leur gage étaient aliénés par l'héritier, ce fait s'opposait à ce que la séparation fût accordée. « Ab herede vendita hereditate, separatio frustra desiderabitur : utique si nullæ fraudis incurat suspicio, » dit Papinien ⁽¹⁾. D'ailleurs la faculté qu'avaient les créanciers et légataires de faire porter le montant de leurs créances seulement sur les biens héréditaires, ne privait pas l'héritier du droit d'aliéner les biens laissés par le testateur; cette aliénation était permise à une condition cependant de n'être pas faite *fraudendi animo*. Si l'héritier avait voulu frauder les créanciers de la succession, toutes les aliénations des biens héréditaires par lui consenties étaient annulées. C'est ce qu'on déduit par *a contrario* du texte du jurisconsulte Papinien que nous venons de citer : « Quæ bonâ fide medio tempore per heredem gesta

(1) L. 2, D. XLII, VI.

sunt, rata conservari solent. » En tout cas le mieux était que les créanciers de la succession et les légataires qui voulaient conserver leur gage sur les biens héréditaires, les surveillassent attentivement et invoquassent à temps leur bénéfice avant toute confusion ou toute aliénation des biens. — Qu'arrivait-il si le prix de l'aliénation consentie par l'héritier était encore dû? Accorderait-on en pareil cas aux créanciers héréditaires le bénéfice de séparation? En fait, il ne s'était pas opéré une confusion complète des biens de la succession et de ceux de l'héritier, confusion qui, seule, aurait pu mettre obstacle à la séparation. On pouvait regarder la créance de l'héritier contre l'acquéreur comme faisant partie des valeurs héréditaires; rien ne s'opposait à ce que ceux qui avaient droit au bénéfice l'obstinssent et à ce que la créance du prix non payé servît à les désintéresser.

Ce que nous venons de dire de la confusion des deux patrimoines et de l'aliénation des biens héréditaires comme obstacle à l'obtention du bénéfice, n'était vrai qu'au cas où les biens héréditaires avaient tous été confondus avec les biens de l'héritier ou tous aliénés par lui. Quand quelques-uns seulement des biens héréditaires avaient été aliénés, il était évident que la séparation des patrimoines restait possible pour les biens non confondus et non aliénés. Lorsque l'héritier avait grevé d'hypothèques les biens héréditaires, ces hypothèques ne mettaient pas le moindre obstacle à ce que les créanciers ou les légataires pussent demander la séparation; bien mieux, on n'en tenait pas compte, on ne les respectait pas pour désintéresser les séparatistes, mais elles restaient valables et pouvaient pro-

duire leurs effets quand les legs et les dettes héréditaires étaient acquittés. Voici ce que dit à cet égard le jurisconsulte Ulpien : « Sciendum est autem etiamsi obligata res esse proponatur ab herede jure pignoris vel hypothecæ, attamen si hereditaria fuit jure separationis hypothecario creditori potiore esse eum qui separationem impetravit ; et ita Severus et Antoninus rescripserunt ⁽¹⁾. »

Sous Justinien, la confusion des patrimoines devint plus difficile, car cet empereur imposa à l'héritier l'obligation de faire l'inventaire des biens auxquels il succédait ; faute par lui de se conformer à cette prescription, il perdait le droit à la quarte et il devenait responsable des legs *ultra vires hereditatis* ⁽²⁾.

Les légataires pouvaient accepter l'héritier pour débiteur ; les effets de cette acceptation étaient analogues à ceux de la confusion des deux patrimoines ou de l'aliénation des biens héréditaires. Quand cette acceptation avait eu lieu, une demande de séparation aurait été un non sens. Les créanciers héréditaires ou les légataires comptant obtenir de l'héritier le paiement de leurs créances ou de leurs legs, avaient suivi sa foi et étaient censés avoir renoncé au bénéfice dont ils auraient pu se prévaloir. En un mot, accepter l'héritier pour débiteur et demander la séparation des patrimoines, étaient deux choses contradictoires ; le créancier et le légataire avaient le choix entre ces deux partis, mais leur choix une fois fait, il n'était plus possible d'y revenir. La volonté de ne pas accepter l'héritier pour débiteur devait se manifester devant le

(1) L. 1, § 3, D. *eod.*

(2) Nov. 1, ch. II, § 2.

magistrat qui accueillait la demande de celui qui invoquait la séparation; ainsi aucune équivoque n'était possible. — L'intention de suivre la foi de l'héritier pouvait s'induire de certains faits qui, quand ils s'étaient produits, rendaient impossible toute demande de séparation des biens. Le nombre des faits dont il résultait que le créancier ou le légataire avait renoncé au bénéfice en acceptant l'héritier pour débiteur n'était pas limité, et dès lors tout fait qui pouvait faire supposer cette acceptation, mettait obstacle à la demande de séparation. Mais cette acceptation s'induisait spécialement de la circonstance qu'on avait accepté de l'héritier une sûreté, un gage, une hypothèque ⁽¹⁾. Le fait d'avoir poursuivi l'héritier en justice ne pouvait au contraire s'interpréter comme une renonciation au bénéfice ⁽²⁾. Quand on avait laissé l'héritier en repos pendant cinq ans à partir de l'adition et quand pendant ce délai on ne s'était pas prévalu du droit de réclamer le bénéfice, cela indiquait ou bien que le créancier ou le légataire avait été payé ou bien qu'il avait accepté l'héritier pour débiteur, ou bien encore qu'une confusion des biens s'était opérée; en définitive, toute demande de séparation des biens après cet intervalle n'était plus recevable.

§ 5.

Les deux sûretés dont nous venons de dire quelques mots, la *cautio legatorum* et la *separatio bonorum*, étaient loin de mettre les légataires à l'abri de tout

(1) Ulpien, l. 4, §§ 10, 11 et 15, D. *eod.*

(2) Marcien, l. 7, D. *eod.*

danger. Soit qu'il eût oublié de demander la caution, soit qu'il eût demandé trop tard la séparation ou qu'il eût été dans l'impossibilité de la réclamer, le légataire se trouvait sans défense vis-à-vis de l'héritier. Justinien a bien compris ce qu'avait de fâcheux une pareille situation et il a comblé une lacune très préjudiciable aux légataires, en leur accordant une hypothèque sur les biens de la succession. Cette hypothèque ne se perdait pas par les causes qui enlevaient aux légataires le droit de demander la séparation des patrimoines et elle appartenait aux légataires qu'ils fussent ou non séparatistes.

L'hypothèque des légataires admise, demandons-nous que sont devenues les autres sûretés qui existaient avant son établissement. En créant l'hypothèque, Justinien n'abolit pas les autres sûretés, qui subsistèrent mais sans plus guère présenter d'utilité. A quoi bon de demander caution à l'héritier, puisque les biens héréditaires grevés d'hypothèque ne pouvaient pas être acquis par personne tant que les légataires n'étaient pas désintéressés. Dans quel but aurait-on réclamé cette caution, alors que l'hypothèque qui était acquise de plein droit, procurait une garantie préférable?

Il n'en était pas de même de la séparation des patrimoines; son utilité, il est vrai, avait été réduite mais non supprimée. Pour montrer comment l'hypothèque et la séparation des patrimoines se combinaient et se complétaient, faisons deux hypothèses.

Supposons d'abord que la séparation des biens n'a pas été demandée et recherchons quelle était, dans ce cas, l'utilité de l'hypothèque créée par Justinien. Il est évident qu'en pareil cas l'héritier était tenu pour

solvable par tout le monde. Les créanciers et les légataires, sûrs d'être payés, avaient jugé superflu de recourir à la séparation. Quant à l'hypothèque, elle présentait pour les légataires une grande utilité. Car l'héritier étant en possession des biens héréditaires, pouvait les aliéner; l'hypothèque donnait aux légataires le droit de suivre ces biens entre les mains des tiers acquéreurs. En outre, elle les mettait à l'abri du concours des créanciers de l'héritier sur les biens héréditaires; mais les garantissait-elle du concours des créanciers héréditaires? En vertu du principe *nemo liberalis nisi liberatus* que Justinien n'a pas voulu méconnaître, et suivant une des constitutions de cet empereur ⁽¹⁾ qui dit, que les créanciers héréditaires avaient le droit absolu d'empêcher que les légataires pussent rien toucher, d'une manière définitive, avant leur complet désintéressement, il faudrait répondre négativement à cette question.

Nous hésitons pourtant à admettre cette solution, car elle conduit à ce résultat que les créanciers personnels de l'héritier auraient été payés avant les légataires. Les créanciers héréditaires, quant la séparation des biens n'avait pas été prononcée, subissaient le concours des créanciers de l'héritier; et si on leur avait permis de se faire payer avant les légataires, tous les créanciers indistinctement, créanciers du défunt et créanciers de l'héritier, puisqu'ils venaient sur la même ligne, auraient primé les légataires. Or, il n'était pas possible que les créanciers personnels de l'héritier passassent sur les biens héréditaires avant

(1) 22, § 5, c. VI, t. XXX.

les légataires, puisque l'hypothèque avait précisément pour but de donner à ces derniers le pas sur les premiers.

Pour saisir le sens de la constitution que nous citons tout à l'heure, il faut savoir que les droits des légataires se déterminaient d'après la valeur des biens héréditaires au jour du décès du *de cuius*, c'était dans cette mesure qu'ils les exerçaient par tous les moyens légaux. Mais si plus tard on découvrait des créanciers héréditaires dont il n'avait pas été tenu compte pour la détermination des droits des légataires, ces créanciers fixaient à nouveau les droits des légataires suivant la valeur qu'avaient les biens héréditaires lors de la mort du *de cuius*, et pouvaient réclamer à chaque légataire, par la *condictio indebiti*, ce que ce dernier avait reçu de trop selon la nouvelle estimation.

Quand les légataires avaient à faire valoir leur hypothèque contre des tiers détenteurs, les sommes qu'ils obtiendraient ainsi ne profitaient qu'à eux seuls et non aux créanciers qui n'avaient aucun droit sur les biens aliénés.

II. *La séparation des biens a été obtenue.* — En pareil cas, les créanciers du *de cuius* étaient préférés aux légataires, car la *separatio bonorum* n'avait eu d'autre résultat, que de maintenir la situation que chaque intéressé avait au décès du testateur. Mais il pouvait se faire que des biens héréditaires eussent été aliénés par l'héritier avant que la séparation fût demandée; dans ce cas, les légataires qui seuls avaient l'action hypothécaire, l'exerçaient à leur profit exclusif.

Dans les deux hypothèses que nous venons d'exa-

miner, nous avons supposé d'abord que ni les créanciers héréditaires ni les légataires n'avaient pas demandé la séparation, ensuite, que tous l'avaient demandée et obtenue. Qu'arrivait-il quand les légataires l'avaient seuls obtenue et que les créanciers héréditaires seraient restés inactifs et *vice versa*?

a) Les légataires avaient-ils seuls demandé et obtenu la séparation, elle ne profitait qu'à eux et à personne autre. Seuls, ils étaient payés par préférence sur les biens héréditaires; quant aux créanciers du *de cujus*, ils venaient en concours avec les créanciers personnels de l'héritier dont ils avaient suivi la foi. Mais par la séparation des patrimoines, les légataires n'obtenaient rien de plus que ce qu'ils auraient obtenu par l'action hypothécaire et le bénéfice de séparation n'était, en pareil cas, qu'un surcroît de précaution. Au contraire, l'hypothèque, du moins dans une certaine occasion, était plus avantageuse que la séparation. C'était dans le cas où la succession ne suffisait pas à désintéresser les légataires et où l'héritier, antérieurement à la demande de séparation, avait aliéné des biens héréditaires.

b) Les créanciers héréditaires avaient-ils seuls demandé et obtenu la séparation, l'hypothèque des légataires n'était par eux opposable qu'aux créanciers personnels de l'héritier. Faute d'avoir demandé la séparation, les légataires s'ils n'avaient pas eu leur hypothèque, eussent été réduits à subir le concours des créanciers personnels de l'héritier sur le restant des biens héréditaires après le paiement des créanciers héréditaires; grâce à leur hypothèque, ils saisissaient à eux seuls le restant de ces biens, le vendait et se payaient sur le prix.

§ 6.

Résumons-nous : la réforme de Justinien consista à unifier tous les legs, en ce sens que, quelle que fût l'expression dont le testateur s'était servi, le legs était toujours de même nature, et le légataire pour obtenir l'objet légué pouvait à son gré se dire propriétaire ou créancier. La faculté d'opter entre l'action réelle et l'action personnelle avait été accordée au légataire par le sénatus-consulte Néronien qui permettait au légataire pour obtenir l'objet dont il avait été gratifié, d'intenter la revendication ou la *condictio*. Cette faveur faite aux légataires venait à l'encontre du principe en vertu duquel *nemo poterat condicere rem suam*. Cette *inelegantia juris* ne fut pas supprimée par Justinien ; elle fut au contraire accentuée par la création de l'hypothèque que l'empereur conféra aux légataires.

« Justinien voulant — dit un commentateur dont l'autorité est bien justifiée — dans tous les cas accorder au légataire la garantie d'une hypothèque tacite, il fallait nécessairement le tenir pour créancier, car l'hypothèque à l'appui et comme accessoire d'un droit de propriété serait chose inconcevable ⁽¹⁾. »

Donc d'après la constitution de Justinien, le légataire avait le choix entre trois actions : l'action personnelle, l'action réelle et l'action hypothécaire, « *actio serviana id est hypothecaria*, » dit l'empereur. Le légataire avait-il donné la préférence à la revendication, il pouvait comme propriétaire de la chose léguée se la

(1) M. Accarias, I, p. 961.

faire restituer par quiconque la possédait, car son droit de propriété était absolu, opposable *erga omnes*. Bien des fois cependant, le légataire ne pouvait intenter que l'action personnelle, l'*actio ex testamento*, la revendication n'étant pas recevable soit que ce qui avait été légué fût un fait, soit que l'objet légué eût péri. La plupart du temps les légataires intentaient la *condictio ex testamento*, d'abord parce qu'il était plus facile d'y réussir en raison de la preuve à faire, ensuite parce que l'exécution d'un legs poursuivie par l'action personnelle était toujours assurée par l'hypothèque qui portait sur tous les biens héréditaires. Qu'il se dît propriétaire ou bien seulement créancier hypothécaire, le légataire pouvait recourir contre les tiers acquéreurs des biens héréditaires. Par la revendication, le légataire se disait propriétaire de la chose aliénée à un tiers par l'héritier, et son droit une fois établi il rentrait en possession du bien qu'il tenait du *de cuius*. Quant à la créance dont le légataire se prévalait contre l'héritier par l'action *ex testamento*, elle était garantie par l'hypothèque légale qui portait sur tous les biens héréditaires à partir de l'adition; l'héritier en aliénant un de ces biens avait vendu un objet grevé d'hypothèque, que le légataire pouvait suivre en quelques mains qu'il passât.

DROIT FRANÇAIS

DES CONDITIONS

EXIGÉES POUR LA

CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

EN FRANCE, ALLEMAGNE, BELGIQUE, ITALIE, ROUMANIE
ET SUISSE.

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE

DROIT FRANÇAIS.

DES CONDITIONS

EXIGÉES POUR LA

CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

EN FRANCE, ALLEMAGNE, BELGIQUE, ITALIE, ROUMANIE
ET SUISSE.

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE.

INTRODUCTION.

1. Le commerce est l'âme des nations, on n'exprimera jamais assez cette idée tant elle est vraie. Pour nous et pour beaucoup si ce n'est pour tous, rien ne présente une importance aussi grande que le commerce. Avec l'instruction, il doit être la constante préoccupation des gouvernants. Un peuple où l'instruction est assez avancée et où le commerce est développé, peut se dire un peuple civilisé. Rester en arrière avec le commerce, c'est rester inactif, c'est rester sauvage.

C'est sans aucun doute que le commerce ne fut né, qu'alors quand les peuples commencèrent à se dégourdir, à s'éveiller et à vouloir sortir de l'inertie où leur état primitif les maintenait. Tout en ne voulant pas nous hasarder sur le terrain assez raide d'ailleurs de

l'économie politique, nous pouvons dire que le mécontentement de l'homme de ce qui l'entourait et son désir de plus en plus grand de trouver des choses à lui inconnues qui satisfissent mieux ses besoins, l'ont poussé à franchir la frontière, afin qu'il pût avoir ce qui lui manquait chez lui et qu'il pouvait se procurer ailleurs.

Mais ces *choses*, il lui était impossible de se les approprier sans donner quelque *équivalent* en échange. Cette circonstance le forçait à travailler doublement chez lui pour obtenir des produits qui pussent être échangés contre ceux des autres, tout en gardant de ses propres produits ce que la satisfaction de ses besoins réclamait. Le commerce entre les individus, fut l'origine du commerce entre les nations. Nous n'avancerons donc rien d'inconnu en nous permettant d'assimiler le commerce entre les nations, avec le commerce entre les individus, ce que ceux-ci font entre eux, les nations le font de même; celles-ci font en grand ce que ceux-là font en petit. En un mot, du besoin d'échanger est né le commerce, qui à son tour a déterminé cette grande activité que nous voyons se déployer dans le monde entier.

2. Produire et produire bien et beaucoup, voilà aujourd'hui, nous semble-t-il, la devise des peuples civilisés, qui ont la certitude non démentie que la production donne la richesse, car elle développe le commerce. Nous ne faisons pas de l'économie politique, nous l'avons dit et nous le répétons, mais nous sommes convaincu qu'il n'y a que les pays d'une grande production et par conséquent d'un grand mouvement commercial qui tiennent le premier rang de la civilisation et de l'aisance.

Il est certain d'autre part, que pour produire beaucoup et bien, il faut que des mesures législatives facilitent la production en détruisant tout obstacle qui s'opposerait à l'essor de l'activité productive, et en encourageant les efforts faits en vue de l'agrandissement de cet essor. Nous ne parlons plus de la liberté du travail que pour mémoire, cette liberté étant presque partout reconnue, ce qu'il faut par-dessus tout, c'est favoriser le commerce tant dans l'intérieur du pays, qu'avec les autres nations : dans l'intérieur du pays, en multipliant les moyens de production, en facilitant l'accumulation des capitaux, en améliorant tant que faire se peut, le sort des travailleurs, ce qui éviterait les grèves et par conséquent la misère, en établissant enfin partout des voies de communication ; car que serait un produit qui ne pourrait pas être déplacé ? A l'extérieur, se mettre en état de commercer avec l'étranger, en augmentant les facilités de communication et en concluant des traités de commerce. Ce n'est que de cette manière que les produits d'un pays trouveraient un écoulement facile et alimenteraient les marchés des pays où ils n'ont pas de similaires. A notre sens, les tarifs douaniers qui ferment commercialement un pays aux autres, ou du moins qui rendent son accès difficile, ne doivent pas être imbus d'un protectionisme exagéré. Nous ne recommanderions pas non plus le libre-échange poussé à l'excès. Quelque chose de mixte conviendrait mieux, qui n'est pas bon en politique nous le reconnaissons, mais comme système économique, nous en sommes un acharné partisan. A quoi servirait par exemple, la protection contre les produits étrangers que le pays qui se pro-

tège ne peut pas avoir par soi-même? Et pourquoi mettre des taxes énormes sur les produits étrangers alors que de pareils produits par suite du climat ou du terrain, ne peuvent être obtenus que dans une quantité très insuffisante dans le pays protecteur?

3. Ce que nous venons de dire rentre dans les généralités; occupons-nous d'une manière toute spéciale de l'institution qui prend une place si considérable dans le développement du commerce. Elle a pour objet de faciliter l'accumulation des capitaux, l'âme de toute entreprise commerciale grande ou petite. Sans eux, aucune entreprise ne peut pas naître, ni ne peut vivre. Ils amènent la vie; s'ils viennent à manquer, c'est la mort. Un moyen facile d'amasser ces capitaux, c'est de former des sociétés commerciales. « L'association — dit Troplong — est un puissant auxiliaire pour l'industrie, le négoce et l'agriculture, elle favorise l'exploitation de toutes nos richesses territoriales et manufacturières en formant une union féconde de la propriété mobilière et immobilière, des capitaux et du travail (1). »

Il est évident et personne n'essaie de le contester, que les sociétés commerciales aident puissamment le commerce d'une nation, et tout doit tendre à leur développement. Quel immense service rendent-elles au commerçant, quand celui-ci, pour faire prospérer ses affaires et en augmenter le nombre, s'associe à un autre pour former une association en nom collectif! Chaque associé a la même responsabilité qu'avant, mais ils ont uni leur avoir pour augmenter leur profit.

(1) V. *Du Contrat de société*, t. I, p. 8.

De sorte que rien n'est plus vrai que de dire : *societate res parvæ crescunt*.

Qu'il est utile encore à un industriel dont l'usine menace de chômer par suite du manque de capitaux, de trouver plusieurs personnes qui apportent des capitaux et deviennent intéressées dans l'entreprise ! Que perdront-elles, si malgré les capitaux apportés, l'usine continue à marcher mal ? leur apport et rien de plus ; tandis que celui qui les a appelés perdra, avec son travail, peut-être aussi toute sa fortune, sa responsabilité étant illimitée. Si les affaires prospèrent, les associés dont la responsabilité est limitée à leurs mises toucheront les intérêts proportionnels à leurs apports. Ce qui fait que les capitalistes tout en ayant placé leur argent avec fruits, auront aidé au relèvement d'une branche d'industrie qui sans eux serait tombée en ruine. Perte limitée — du moins pour quelques-uns — gain proportionnel à l'apport, voilà le mécanisme de la société en commandite simple. Mais dans cette espèce d'association, les commandités ne connaissent pas de limite à leur responsabilité. Cette inégalité de positions à laquelle elle donne naissance, rend la société en commandite simple impropre aux grandes entreprises, qui ne sont menées à bien la plupart du temps, que par les sociétés par actions et spécialement par *les sociétés anonymes*.

L'association d'un grand nombre de personnes, chacune d'elles ne répondant qu'avec sa mise, voilà la société anonyme, société de progrès et de *prospérité*. Quelle admirable création de l'homme ! Ce mode d'association est la conception la plus *géniale* qu'on en ait jamais vue. Que tout le monde sache, que nous nous

associations pour l'exploitation de telle fabrique et que chacun de nous ne s'engage que pour 500 fr. qu'il doit verser. C'est ainsi que parlent les associés d'une société anonyme, et c'est parler clairement et sincèrement, seule manière d'avoir la confiance des autres. Le public entendant un pareil langage saura à quoi s'en tenir sur le compte de la société qui se constitue. Celle-ci n'a rien de caché, elle fait tout connaître : les moindres détails de sa constitution, les personnes qui présideront à ses destinées et son mode de fonctionnement; de sorte que même si l'on voulait être trompé, on y arriverait difficilement avec une société anonyme honnête. Elle présente une supériorité marquée sur la commandite qui attire beaucoup de commanditaires à cause de la responsabilité illimitée des commandités, responsabilité qui le plus souvent ne sert qu'à faciliter les tromperies. C'est pourquoi nous pensons avec M. Guillery : « qu'il est permis de dire que la vérité est dans la société anonyme et non dans la commandite. La société anonyme dit tout; elle fait connaître son capital et prévient le public qu'il n'y a rien au delà. La commandite déclare également quel est le montant de son capital, mais elle fait espérer au delà une responsabilité indéfinie qui souvent est moins une garantie qu'un leurre pour les créanciers et qui n'est pas moins injuste à l'égard du gérant dans beaucoup de circonstances ⁽¹⁾. »

4. L'utilité des sociétés commerciales en général et des sociétés anonymes en particulier est extrême, ce que nous ne pourrions mieux démontrer qu'en citant

(1) V. *Des sociétés commerciales en Belgique*, t. II, p. 167.

les paroles d'un savant auteur qui glorifie la puissance de la société anonyme :

« Le commerce est pour les nations comme pour les individus, une source de prospérité. Conduit avec intelligence, avec esprit de suite, il donne la richesse et la force ; mais, pour produire ces résultats, il a besoin de communications rapides, de sécurité ; et quand il va demander aux pays lointains des produits nouveaux, il lui faut des garanties contre l'inconstance des mers.

« Or, quelle fortune privée peut suffire à fonder des banques publiques, à creuser des canaux, construire des voies de fer, assurer contre la tempête les navires consacrés aux spéculations maritimes ? Et, en supposant qu'il se rencontre une maison assez puissante pour faire face à de telles dépenses, comment espérer qu'elle échangera contre les hasards inséparables du commerce, les avantages actuels d'une position acquise ? Les grandes entreprises ne s'accomplissent point en un jour ; elles exigent, pour être menées à bien, du temps et des efforts persévérants ; il faut, pendant de longues années, laisser son patrimoine, sa liberté, son honneur même suspendus à un fil qui peut se rompre au moindre vent. La fortune ne se joue-t-elle pas des combinaisons les plus sages ?

« Mais ce qu'un seul ne peut faire, ou ce que la prudence lui défend d'entreprendre, il est possible au grand nombre : le péril s'affaiblit en se divisant ; et c'est ainsi qu'en 1602 la Compagnie des Indes Orientales qui devait exercer sur le commerce du monde entier une si grande influence, s'était formée en Hollande par la réunion d'actionnaires, dont la perte était

limitée par avance au montant de l'intérêt dont ils avaient versé le prix.

« Grande et magnifique institution qui, en permettant à la médiocrité, à la pauvreté même, de prendre part aux chances favorables des spéculations commerciales, donnait aux négociants le moyen d'en étendre indéfiniment le cercle et les profits, sans craindre qu'un naufrage engloutit d'un seul coup le fruit de leurs travaux ⁽¹⁾. »

Cette utilité donc est incontestable, et tous les auteurs sont unanimes à l'admirer, un entre autres qui tient une grande place dans l'étude du droit commercial, M. Bédarride; parlant des immenses services que rend l'association et arrivant au commerce, il s'exprime de la manière suivante :

« Le commerce ne pouvait négliger ce puissant levier. Aussi n'a-t-il pas tardé à se l'approprier si intimement, qu'il est bientôt devenu l'âme et la vie de ses opérations. L'étude attentive de leur développement amène à se demander si la société n'en est pas le produit plutôt que la cause. Partout, en effet, où le commerce puise un encouragement quelconque dans les institutions politiques, on voit l'association grandir, se multiplier, se transformer même. C'est ainsi que dès le ^{xii}^e siècle, des négociants italiens imaginent et pratiquent cette ingénieuse fiction d'une société des capitaux abstractivement des personnes ⁽²⁾. »

5. Grâce à la limite de la responsabilité, qui est de l'essence de la société anonyme, cette sorte d'association a pris un très grand développement. Ce dévelop-

(1) V. Delangle, *Des sociétés commerciales*, t. II, p. 2 et suiv.

(2) V. *Droit commercial*, t. I, p. 6.

pement s'est accru à mesure que le commerce s'est étendu et que les merveilles de la nouvelle civilisation ont rendu plus expéditifs et plus sûrs les moyens de communication d'un pays à l'autre, d'un continent à l'autre. Et de même que le commerce est cosmopolite et, pour ainsi dire, impersonnel, ainsi le crédit et la confiance dans les grandes entreprises commerciales ne se mesurent plus au crédit personnel de ceux qui les composent, mais à la puissance économique dont on sait qu'elles disposent, l'action remplaça la personne, le capital remplaça l'homme; en d'autres termes, à la responsabilité personnelle des associés fut substituée la responsabilité impersonnelle du capital.

Dans l'ordre économique, ce fut une grande révolution; après l'invention de la lettre de change, nulle autre invention n'eut la très grande importance de cet instrument nouveau de la puissance commerciale.

La société anonyme est aussi une institution démocratique, elle met sur le même pied le simple ouvrier et le richissime banquier. Le grand propriétaire devient par la société anonyme, l'associé à égalité parfaite du petit industriel, de l'ouvrier.

Mais à côté de tous les avantages, on a essayé de trouver des inconvénients à la société anonyme. On a dit qu'elle menace d'absorber la petite entreprise, qu'elle rend difficile la concurrence et qu'elle monopolise en un mot, à son profit l'exercice de la petite industrie. C'est pour cela que beaucoup font d'opposition à la société anonyme ⁽¹⁾. Nous ne nions pas ces périls, nous les reconnaissons et les déplorons. Mais il ne faut

(1) Ce qui a eu lieu dans le deuxième congrès des économistes allemands tenu à Eisenach en octobre 1873.

pas confondre l'usage avec l'abus, et, en déplorant l'abus, oublier les grands bénéfices qu'a apportés, qu'apporte et qu'apportera à la civilisation la société anonyme. Disons bien haut avec le savant auteur italien, que penser à la suppression des sociétés anonymes, ce serait une folie. A-t-on jamais pensé à supprimer la vapeur parce que tout en faisant marcher les locomotives, elle pourrait faire sauter et les locomotives qu'elle met en mouvement et les ouvriers qui les dirigent ⁽¹⁾?

6. Voici aussi dans le même sens le langage d'un économiste dont l'autorité est indiscutable : « A mesure que la propriété devient plus assurée, l'épargne et le crédit se développent en même temps et on imagine pour le placement des capitaux croissants des combinaisons nouvelles dont on se sert pour le bien et pour le mal. La société par actions est une de ces combinaisons et l'une des plus puissantes. Nous la voyons chaque jour s'étendre avec des effets bons et mauvais, tantôt vantée jusqu'à l'hyperbole, tantôt blâmée avec amertume jusqu'à l'injustice. Ces alternatives d'éloge et de blâme tiennent à l'éclat alternatif des bons et mauvais effets des sociétés par actions. Lorsque les temps sont un peu difficiles et les capitaux rares, on se trouve en présence des sociétés anciennes bien constituées qui rendent de grands services : on est enclin à l'éloge. Lors, au contraire, que depuis un certain temps, les capitaux sont abondants et le crédit facile, on voit surgir des sociétés par actions de toute dimension et de tout genre, dont un grand nombre aboutissent à la perte des sommes considérables souvent à la

(1) V. Vidari, *Corso di diritto commerciale*, t. II, p. 41 et suiv.

ruine de ceux qui les ont épargnées, au profit de gens que les uns qualifient d'habiles et les autres d'un autre nom. Alors l'opinion s'émeut, elle fait appel aux tribunaux et au législateur ⁽¹⁾. » Le savant économiste dont nous venons de reproduire les paroles arrive à la même conclusion que M. Vidari : c'est l'abus de ces sortes d'associations qui préjudicie au public, tandis que l'usage raisonnable lui apporte de très grands profits.

7. L'importance des sociétés anonymes reconnue, les services qu'elles rendent au commerce étant immenses, il ne faut pas mettre d'obstacles à leur constitution au risque de faire souffrir le commerce. Une tutelle gouvernementale n'encouragerait pas leur développement, une réglementation trop rigoureuse ne faciliterait pas leur formation. Il faut à notre avis faire disparaître les entraves qui s'opposeraient à la constitution de pareilles sociétés, qu'elles se forment dans un pays très civilisé ou ceux qui ne font que naître à la vie commerciale.

Il n'est pas moins vrai d'autre part, qu'une entière liberté laissée aux sociétés anonymes, loin de favoriser le commerce, lui nuirait par les nombreuses fraudes auxquelles elle donnerait lieu. « Car il est dans la nature de l'esprit humain de se passionner pour l'inconnu et les plus folles entreprises ne sont pas celles qui trouvent le moins de sympathie. Qui ne se rappelle les espérances insensées qu'avait fait naître la compagnie des Indes fondée par l'écossais Law et les immenses désastres dont elle a marqué son passage? C'est donc le devoir du gouvernement, dont les intérêts sont intimement liés à la prospérité du commerce et de l'in-

(1) V. M. Courcelle-Seneuil, *Journal des Econ.*, livr. d'août 1880.

dustrie, d'empêcher qu'en spéculant sur l'ignorance et la crédulité des actionnaires, sur leur cupidité peut-être, on ne détourne l'institution de son but et que la fraude en se substituant aux combinaisons d'une loyale industrie, ne finisse par dégoûter les capitaux des associations qui les réclament ⁽¹⁾. »

Nous sommes amené à dire que la réglementation des sociétés anonymes pour qu'elle soit bonne, doit donner à ces sociétés la pleine liberté de se constituer dans la mesure seulement, où cette liberté ne pourrait porter préjudice au public qui y place son argent.

8. Beaucoup de pays ont poussé trop loin la protection du public, sans s'apercevoir qu'ils gênaient la constitution des sociétés anonymes. Cette protection se traduit soit par l'*autorisation préalable* qui n'est autre chose qu'une tutelle gouvernementale, soit par l'*autorisation judiciaire*, système analogue au précédent avec la seule différence, qu'au lieu du gouvernement le tuteur est un tribunal. D'autres pays ont une réglementation toute spéciale pour les sociétés anonymes, qui contient des dispositions visant un tout autre but, que celui d'encourager la formation des sociétés à une responsabilité limitée.

La législation des différents pays n'étant pas la même, une étude comparative ne manque pas de présenter un grand intérêt. Nous examinerons donc la constitution des sociétés anonymes dans plusieurs pays, dans l'ordre suivant : 1° en France et en Belgique; 2° en Allemagne; 3° en Italie, en Roumanie et en Suisse. Notre conclusion sera à la fin de notre étude.

(1) M. Delangle, *op. cit.*, p. 4.

PREMIÈRE PARTIE.

I. — LA FRANCE.

CHAPITRE I.

DES SOCIÉTÉS EN GÉNÉRAL.

9. Avant d'entrer dans le détail des conditions requises pour la validité des sociétés anonymes, il ne sera pas inutile de rappeler les conditions auxquelles est subordonnée la validité des sociétés en général; nous en trouvons l'indication dans l'article 1382 du Code civil qui définit la société : « Un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. »

Cette définition bien que contenue au Code civil, s'applique aux sociétés commerciales comme aux sociétés civiles. Rappelons en effet, que le contrat de société, aux termes de l'article 18 du Code de commerce, « se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties ; » or, il n'existe pas au Code de commerce de texte qui définisse la société.

10. Donc la société est un contrat; comme tous les contrats, elle suppose d'abord un accord de volontés, l'échange de consentements exempts de tout vice. Elle

suppose en second lieu, chez ceux qui la forment, la capacité nécessaire pour contracter. A cet égard et s'agissant de la capacité nécessaire pour entrer dans une société anonyme, il y a lieu d'observer qu'un mineur émancipé, qui ne peut, sans l'assistance de son curateur, entrer dans une société en nom collectif ou dans une société en commandite, peut seul et valablement prendre un intérêt dans une société par actions, sauf toutefois la distinction suivante : s'il a employé son capital à l'acquisition de sa part d'intérêt, de son action, son obligation est susceptible d'être réduite par le tribunal, s'il n'a fait que placer ses revenus, son obligation est valable quoi qu'il arrive. De même les femmes séparées de biens qui sont capables des actes d'administration, peuvent sans autorisation maritale, entrer dans une société par actions.

11. Enfin le contrat de société doit avoir une cause et un objet licite; les opérations que les associés se proposent, ne doivent pas être contraires aux lois ou aux mœurs. C'est ainsi que la mise en société des offices ministériels est prohibée en principe.

12. Revenons à l'article 1382 qui nous fait connaître les conditions de validité spéciales au contrat de société. La société suppose essentiellement une mise en commun, des apports effectués par tous les associés sans exception, apports qui peuvent consister en propriété, en usufruit, en industrie, talent, connaissances techniques, etc. A l'égard des prétendus associés qui n'auraient rien mis en commun, il y aurait une donation dont la validité serait subordonnée à l'observation des règles spéciales aux actes à titre gratuit.

Il faut pour qu'il y ait société que les associés se

soient proposé de faire des bénéfices et de les partager. Il y aurait encore donation si l'un des associés n'avait droit à aucune part des bénéfices réalisés. Toutefois, la loi n'exige pas que la répartition des bénéfices ait pour base le chiffre des apports. Cette répartition peut être réglée par une clause de l'acte de société, clause librement arrêtée par les associés ; il leur est absolument interdit d'attribuer tous les bénéfices à l'un ou à quelques-uns des associés, ou d'exonérer un ou plusieurs des associés de toute contribution aux pertes. Dans le silence de l'acte de société, l'article 1853 du Code civil assure à chacun des associés une part de bénéfices proportionnelle à sa mise.

13. Nulle part peut-être ces deux dernières conditions de validité des sociétés ne seront plus exactement remplies que dans les sociétés par actions, les sociétés anonymes. La vérification si rigoureuse des apports en nature et en industrie, assure que tout associé aura mis quelque chose en commun, et qu'il ne leur sera attribué à chacun qu'un nombre d'actions proportionnel à sa mise. Du même coup, on est assuré que les bénéfices seront répartis entre les associés proportionnellement à leurs mises. C'est la règle de répartition la plus équitable, celle que la loi préconise dans l'article 1853 du Code civil, bien qu'elle ne l'impose pas aux parties.

14. Enfin le contrat de société suppose chez ceux qui le concluent l'intention de s'associer. C'est en cela que la société diffère de la communauté, de l'indivision, simple état de fait que les parties subissent, mais qu'elles n'ont pas cherché, auquel elles peuvent se soumettre, qu'elles peuvent même s'engager à main-

tenir conformément à l'article 815 du Code civil, mais qui n'a pas été de prime abord établi en vue de faire des bénéfices et de les répartir.

15. Toutes les conditions que nous venons de passer en revue, sont également requises pour la constitution des sociétés civiles et des sociétés commerciales; les unes et les autres permettent de mener à bien, par la réunion de ressources de tous genres, des entreprises que des individus isolés, laissés à leurs seules forces, n'auraient pu tenter. Mais bien plus que les sociétés civiles, les sociétés commerciales qui sont caractérisées par leur but, faire le commerce, ont besoin d'énormes capitaux. Aussi sont-elles susceptibles de revêtir des formes qui leur permettent de faire appel aux plus petits capitalistes, et, en admettant un nombre presque illimité d'associés, de réunir des sommes considérables.

Nous n'avons pas à énumérer ici les différences qui distinguent les sociétés de commerce des sociétés civiles; nous relèverons seulement un des caractères des sociétés commerciales qu'on a vainement cherché à reconnaître aux sociétés civiles, la *personnalité*. Les sociétés de commerce ont une existence juridique distincte de celle de leurs membres; elles sont douées de personnalité civile. Sans nous attarder à réfuter l'opinion qui a voulu attribuer la personnalité aux sociétés civiles, nous pouvons affirmer sans témérité qu'il y a là une différence importante entre les sociétés civiles et les sociétés de commerce. Que si la loi ne confère pas expressément la personnalité aux sociétés commerciales, plusieurs textes supposent qu'elles en sont pourvues par les conséquences qu'ils en font découler

(art. 69, C. proc. civ.). Nous allons citer les principales :

1° Tant que dure la société, le fonds social appartient à l'être moral société; c'est seulement à sa dissolution que chacun des associés acquiert un droit indivis dans le capital social.

2° Le droit des associés dans la société, tant qu'elle dure, est purement mobilier; c'est seulement à la dissolution, que leur droit sera mobilier ou immobilier, et le plus souvent mobilier et immobilier tout ensemble, suivant la nature des biens communs.

3° La société peut être créancière et débitrice, et quand elle s'est obligée, le capital social répond de ses engagements : sur ce capital les créanciers de la société passent avant les créanciers personnels des associés.

4° La société ayant une personnalité distincte de celle des associés, il ne peut y avoir compensation entre ce que doit la société à un tiers et ce que doit ce tiers à un associé, et réciproquement.

5° La société peut tomber en faillite sans que les associés soient déclarés faillis.

6° Enfin la société dans ses procès, est valablement représentée par son gérant.

16. C'est encore à la personnalité civile qu'on peut rattacher la nécessité pour toute société commerciale d'avoir un nom qui la distingue. Comment sera formé ce nom, nous ne pouvons l'indiquer qu'après avoir fait connaître les différentes espèces de sociétés. La loi (art. 9, C. com.) en reconnaît trois espèces : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme.

Dans la société en nom collectif, les associés, quelles que soient leur mise et leur part dans les bénéfices possibles, sont indéfiniment responsables des dettes de la société. Dans la société anonyme au contraire, la responsabilité des associés se limite à leur mise ; ils ne sont passibles, dit l'article 33 du Code de commerce que de la perte de leur intérêt dans la société. Enfin la commandite comprend deux sortes d'associés, les commandités dont la responsabilité est indéfinie comme celle des associés en nom collectif, et les commanditaires, ou associés en commandite, simples bailleurs de fonds, dont la responsabilité se limite, comme celle des membres d'une société anonyme, aux fonds qu'ils ont avancés ou qu'ils ont promis d'avancer, aux actions qu'ils ont souscrites, quand la société a revêtu la forme de société en commandite par actions.

17. Cela étant, on comprend que les noms des associés ne peuvent servir à former le nom de la société, qu'autant qu'il s'agit d'associés indéfiniment responsables, autrement le public serait exposé à accorder sa confiance à une société au vu du nom de tel ou tel associé qu'il sait solvable et dont la responsabilité serait limitée.

En conséquence, les sociétés en nom collectif seront désignées par les noms de tous les associés, ou de quelques-uns d'entre eux, suivis des mots « et compagnie » : c'est ce qu'on appelle *la raison sociale*.

Les sociétés en commandite ont également une raison sociale, mais dans laquelle ne peuvent figurer que les noms des commandités ou de quelques-uns d'entre eux, suivis des mots « et compagnie. »

Quant aux sociétés anonymes qui vont faire l'objet

spécial de notre étude, elles ne peuvent emprunter leur nom aux noms des associés, faute qu'il y en ait parmi eux d'infiniment responsables : elles ne peuvent donc pas avoir de raison sociale, mais seulement une simple *dénomination* le plus souvent tirée de la nature des opérations auxquelles elles se livrent, et suivie de l'indication du chiffre du capital social.

CHAPITRE II.

DES SOCIÉTÉS ANONYMES.

SECTION I.

Notions historiques.

18. Il ne faut pas croire que les Romains, si forts en législation, aient connu les sociétés par actions telles que nous les comprenons aujourd'hui. Ce n'était pas pourtant les occasions qui leur manquaient de recourir à une association dans laquelle on ne fût tenu que jusqu'à concurrence d'une certaine somme ; à quoi donc attribuer la non existence des sociétés par actions chez les Romains ? Nous n'en savons rien et nous nous bornons seulement à constater que les sociétés par actions leur étaient inconnues.

La société était beaucoup pratiquée à Rome, les textes nous en parlent assez longuement. Elle jouait un très grand rôle, surtout quand il s'agissait de la

perception des impôts, qui ne se faisait chez les Romains que par le procédé du fermage. La conséquence nécessaire de cet état de choses était, que ceux qui voulaient prendre en location la ferme des impôts, des douanes, etc.; devaient s'associer pour payer le loyer que le gouvernement leur fixait et qui devait être considérable. Ces espèces de sociétés étaient fréquentes à Rome et jouissaient d'une faveur spéciale, en ce qu'elles acquéraient une personnalité juridique distincte de celle de leurs membres. Les sociétés des *publicani*, devenues si célèbres, ne pouvaient pas être administrées par tous leurs membres qui étaient très nombreux; leur administration était confiée, à Rome, à des *magistri* et à des *promagistri* en province. Et en dehors de la personnalité morale que les sociétés fermières, par une faveur expresse du législateur, pouvaient acquérir, elles faisaient aussi dérogation à la règle que la mort d'un des associés mettait fin à la société. Mais les Romains n'ont jamais entendu exempter l'associé de la responsabilité illimitée; les *socii* étaient indéfiniment tenus des dettes sociales. On se demande comment les Romains ne sont pas arrivés à diminuer cette grande responsabilité qui pesait sur les *socii*. C'est, nous répond Renaud, à cause de la faculté qu'avaient les Romains de constituer au fils de famille et à l'esclave un pécule destiné à être employé dans le commerce, sans que le père de famille ou le maître fût tenu au delà. Ce qui était encore plus curieux, c'est que le *paterfamilias* et le *dominus* avaient un droit de préférence sur le pécule pour les sommes dont ils étaient créanciers du fils et de l'esclave, et qu'ils se faisaient payer sur lui avant

les autres créanciers. Cette faculté, de constituer des pécules aux fils et aux esclaves, dispensait les Romains des sociétés par actions. L'explication est plausible, et nous l'acceptons faute d'une autre meilleure.

19. Au moyen-âge, à cause de la difficulté des communications et de la féodalité, les sociétés par actions ne prirent naissance que difficilement. A cette époque fonctionnait assez fréquemment un contrat, qui a été l'origine de notre société en commandite, le *contrat de pacotille*. C'était une convention en vertu de laquelle une personne confiait à une autre, qui se rendait à une foire ou à un marché quelconque, des marchandises pour qu'elle les échangeât contre de l'argent ou d'autres marchandises. S'il était fait des bénéfices, ils étaient partagés entre les parties selon la convention, et s'il y avait des pertes, celui qui avait donné les marchandises restait à l'écart et n'était responsable que dans la limite des marchandises confiées.

La commandite se développa surtout en Italie vers le ^{xii}^e siècle, où les grandes maisons de commerce avaient pour habitude de commanditer dans les entreprises risquées un gérant en nom pour limiter leur propre responsabilité ⁽¹⁾.

De la société en commandite à la société anonyme, il n'y eut qu'un pas qui fut assez rapidement franchi; de sorte que même en France suivant M. Troplong, nous trouvons vers le ^{xiii}^e siècle, plusieurs moulins dont le capital social était divisé en actions cessibles et divisibles. Les moulins de Basacle et de Château-Narbonnais avaient ensemble plus de 300 actions ⁽²⁾.

(1) V. M. Bing, *Sociétés anonymes en Italie*.

(2) V. M. Troplong, *op. cit.*, p. 25.

Mais c'est en Italie leur lieu de naissance, que les sociétés par actions atteignirent le plus grand développement. C'est là que nous trouvons les *montes*, des sociétés anonymes s'occupant de l'achat ou de la ferme des impôts publics et ayant un capital social divisé en actions transmissibles appelées *loca* ou *luoghi*. Une des principales de ces sociétés, la banque de Saint-Georges à Gênes, était toute constituée en 1407 et ses origines remontent même au XII^e siècle. Voici en quels termes M. Bing nous décrit l'organisation de cette maison de crédit : « Son capital nominal de 540,000 écus était divisé en 20,400 actions appelées *luoghi*. Les actionnaires n'étaient pas personnellement tenus des obligations de la Banque. Chaque actionnaire avait sous son nom un compte spécial, dit *colonna*, sur lequel le nombre de ses actions lui était crédité ; ces actions étaient cessibles par transfert et en cas de vente, un notaire attaché à la Banque faisait le transfert des actions d'un compte sur un autre en débitant la *colonna* du vendeur et en créditant celle de l'acheteur ou, s'il n'était pas encore actionnaire, en lui ouvrant une *colonna*. Les bénéfices étaient partagés *pro rata* entre les actionnaires, et la Banque escomptait les dividendes déclarés qui n'étaient payables que plus tard. La Banque avait un *consiglio generale* de quatre cent quatre-vingts associés porteurs de 10 *luoghi* au moins et la direction était confiée au collège des *protettori* composé de huit associés porteurs de 100 *luoghi* au moins (1). »

20. De l'Italie, les sociétés par actions se répandi-

(1) V. *op. cit.*, p. 7.

rent dans toute l'Europe, ainsi nous voyons en 1602 les États généraux des Pays-Bas approuver les statuts de la compagnie des Indes Orientales sur le modèle de laquelle se fonda en 1613 la compagnie anglaise du même nom. La découverte du Nouveau-Monde détermina la constitution des nombreuses sociétés par actions. Les commerçants n'étaient ni assez riches ni assez courageux pour se lancer dans le commerce avec les pays d'outre-mer et exposer leur vie et leurs fortunes. Ils ne tardèrent pas à fonder des sociétés pour réunir des capitaux et partager les risques et les bénéfices. Ces associations prirent en Angleterre différents noms, ainsi, il y avait les *Regulated Companies*, qui étaient chargées de protéger leurs membres contre la concurrence étrangère et de leur assurer la sécurité nécessaire au commerce; la protection de l'État faisant alors défaut dans les pays d'outre-mer. Des sociétés d'un autre genre, véritables sociétés par actions, étaient les *Joint Stock Companies*. Elles étaient de deux sortes : *limited* et *unlimited*. Dans les premières, la responsabilité de chaque associé était limitée à sa mise par une charte du Roi ou par un acte du Parlement, seuls capables de réduire la responsabilité des associés. Ces sortes de compagnies attiraient les capitaux des personnes qui ne se seraient pas exposées à une responsabilité indéfinie et solidaire; leur capital social atteignait des chiffres très élevés; ainsi la *South Sea Company* avait un capital social de 338 millions liv. st. et la *Bank of England* 10.78 millions liv. st., etc. Mais beaucoup de ces sociétés, avec des capitaux si énormes firent de mauvaises affaires qui eurent pour effet d'inquiéter le gouvernement anglais, et furent l'occasion

des nombreuses lois qui réglementèrent les sociétés par actions tout en les dispensant de l'autorisation gouvernementale.

21. La France a eu elle aussi, à l'imitation de l'Angleterre et de la Hollande, sa compagnie des Indes Orientales. Elle fut fondée en 1664 et eut comme ses devancières le même succès, de sorte que en 1714 quand son privilège expira, elle avait perdu son capital et ses dettes s'élevaient au respectable chiffre de 10 millions.

Les sociétés par actions, n'ayant pas avant le Code de 1807 une loi qui les régît, étaient sous la dépendance complète du gouvernement. L'État intervenait dans leur administration et bien des fois cette intervention leur a été funeste. Souvenons-nous de la fameuse entreprise Law dont les malheurs eurent un tel retentissement; on en vint à dire que les associations de capitaux occasionnaient seules ces désastres, et personne ne voulut plus de ces sociétés de ruine.

Les sociétés anonymes existaient en France avant qu'elles fussent reconnues par une loi; on s'en servait avant le Code de commerce et même avant l'ordonnance de 1673, mais aucune loi ne contenait leur réglementation et même n'en disait mot. L'ordonnance de 1673 étant étrangère aux sociétés anonymes, c'étaient des ordonnances particulières qui tout en créant des sociétés anonymes en faveur de certaines branches du commerce, les réglementaient. Le pouvoir royal qui distribuait cette faveur, avait soin de régler les droits et obligations des administrateurs et actionnaires soit entre eux soit avec les tiers; c'est lui en un mot qui indiquait la marche que la société devait suivre.

C'est ainsi que furent créées la compagnie des Indes Orientales par la déclaration du mois d'août 1664; celle des Indes Occidentales par l'ordonnance du mois de mai de la même année; celle des Assurances par l'ordonnance du mois de mai 1686; celle du Sénégal, par l'ordonnance du mois de mars 1696; celle d'Occident, par l'ordonnance d'août 1717; celle de Cayenne et beaucoup d'autres. Chacune de ces grandes compagnies était, ainsi que nous le voyons, constituée et organisée par une loi spéciale, faveur qui était d'autant plus vite accordée que les personnes qui étaient au pouvoir étaient plus intéressées dans la société. Celle-ci recevait en outre de la loi qui la constituait, une dénomination tirée de l'objet même pour lequel elle avait été fondée ⁽¹⁾. Les ordonnances de concession créaient au profit des compagnies un droit extraordinaire, qui n'étant pas le droit commun, constituait un privilège. Après 1790 quand les privilèges furent abolis, les immunités accordées par le gouvernement à plusieurs compagnies eurent le même sort, et les sociétés anonymes se trouvèrent de fait détruites. Mais elles ne continuèrent pas moins à se former à l'instar des anciennes compagnies supprimées. Leur marche cependant fut entravée, parce qu'il s'élevait à chaque instant des difficultés que les tribunaux, en l'absence d'une loi spéciale, ne pouvaient juger que d'après les principes généraux des sociétés, ce qui empêchait que les associés profitassent de tous les avantages que l'on aurait pu trouver dans l'association; ce genre de société ne put être mis en usage que lorsqu'il eut été

(1) V. Dalloz, *Sociétés*, n. 43.

reconnu et que ses règles eurent été consacrées par le Code de commerce ⁽¹⁾.

22. Voici ce qu'on entendait par société anonyme avant le Code de commerce. « La société anonyme s'appelle ainsi — disait Savary — parce qu'elle est sans nom et qu'elle n'est connue de personne, comme n'important en façon quelconque le public. Tout ce qui se fait, achat ou vente, ne regarde que les associés; qui achète s'oblige seul et paye au vendeur; celui qui vend reçoit de l'acheteur. Les associés ne s'obligent pas tous deux ensemble envers les tiers, celui qui agit est seul obligé..... Il y a de ces sociétés verbales, d'autres sont formées par écrit, d'autres résultent des lettres missives. Il n'y a souvent qu'un seul article et la société finit le jour même qu'elle est faite. » Quelle différence énorme entre la société anonyme du temps de Savary et celle que nous connaissons aujourd'hui. Il n'y a de commun entre elles — comme le dit très bien M. Delangle — que le nom. La société anonyme, telle que nous la comprenons aujourd'hui, existait bien du temps de Savary, et c'est à l'ancien droit que le Code l'a empruntée; mais elle n'était contenue dans aucune loi, et l'ordonnance de 1673, le seul Code qui, à cette époque, régît les sociétés, n'en faisait pas mention. Le Code de commerce combla donc une grande lacune et il comprit parmi les sociétés qu'il reconnaissait, la société anonyme. Le législateur de 1807 crut que c'était assez de lui permettre d'exister, mais à condition que le gouvernement le voulût; l'autorisation préalable n'avait pas d'autre raison d'être.

(1) V. MM. Malepeyre et Jourdain, *op. cit.*, p. 171 et suiv.

SECTION II.

L'autorisation préalable.

23. Le Code de commerce de 1807 contient peu de règles sur les sociétés par actions, et le vrai Code pour ces sortes de sociétés est la loi du 24 juillet 1867. Cette loi a supprimé les principales dispositions du Code, et les a remplacées par d'autres plus libérales; pour bien comprendre ces dispositions, il faut connaître celles qu'elles ont remplacées.

La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi et avec son approbation pour l'acte qui la constitue; cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique. Voilà ce que nous trouvons dans le Code sous l'article 37. La société anonyme ne pouvait pas être constituée sans cette autorisation qu'on appelait *autorisation préalable*, parce qu'elle devait être obtenue avant tout acte que la société aurait voulu faire. Voici comment la commission des consuls de l'an IX, instituée en vue de rédiger un projet de Code, motivait cette exigence à laquelle on soumettait la société anonyme :

« Les grandes entreprises commerciales, est-il dit dans le discours préliminaire, ne sont avantageuses au commerce que lorsqu'elles ajoutent à ses ressources de nouveaux moyens de circulation et de crédit, lorsqu'elles ont pour objet un commerce nouveau ou éloigné et hors de la portée des commerçants. Elles sont dangereuses si elles établissent un commerce sur

des objets que tous les commerçants peuvent atteindre, en ce qu'elles favorisent un monopole funeste au commerce et à la société.

« C'est à l'administration publique qu'il appartient de juger les avantages et les dangers de ces sortes d'associations; elle est plus à la portée d'en calculer les effets. Nous avons cru qu'elle seule pouvait ou les permettre ou les proscrire, et qu'il était avantageux qu'elles ne puissent se former sans son autorisation.

« Une autre considération nous a déterminés; ces grands établissements doivent offrir une garantie suffisante pour assurer leur indépendance et leur crédit; il peut être nécessaire qu'on y établisse une surveillance qui rassure le public et le commerce sur l'intégrité des administrations qui les régissent. »

Ces idées de protection du commerce, ou plutôt de protection du public en général, étaient alors en faveur. Au corps législatif, quand on discuta le Code de commerce relatif aux sociétés anonymes, M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély ne disait pas autre chose dans son discours :

« Les sociétés anonymes ou par actions (on ne les distinguait pas alors), ont dû fixer l'attention des rédacteurs du Code. Elles sont un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises, d'appeler en France les fonds étrangers..., d'ajouter au crédit public. Mais trop souvent des associations, mal combinées dans leur origine ou mal gérées dans leurs opérations, ont compromis la fortune des actionnaires, altéré momentanément le crédit général, mis en péril la tranquillité publique. Il a donc été reconnu que nulle société de ce genre ne pouvait exister que d'après un acte public,

et que l'intervention du gouvernement était nécessaire pour vérifier d'avance, sur quelle base on voulait faire reposer les opérations de la société et quelles pouvaient en être les conséquences. »

On ne concevait pas alors, qu'une société anonyme bien réglementée pût exister sans l'autorisation préalable; elle manquait, disait-on, des garanties que devait présenter une pareille association. L'intervention de l'autorité avec l'approbation qui devait être donnée en la forme prescrite pour les règlements d'administration publique était, dans la pensée de la loi, une condition qui suppléât à l'absence de responsabilité personnelle, et donnât en quelque sorte aux actionnaires et aux tiers l'assurance qu'ils avaient devant eux une entreprise sérieuse et régulièrement constituée ⁽¹⁾.

24. Il y eut pourtant des protestations contre cette autorisation préalable, qui trouvait à cette époque beaucoup de défenseurs. Ce fut Treilhard qui, dans la discussion du Code de commerce, demanda à quoi servirait l'autorisation gouvernementale dans une affaire qui était toute d'intérêt particulier. Ce jurisconsulte voulait, que l'intervention du gouvernement n'eût lieu, que quand la société aurait quelque rapport avec l'ordre public ou intéresserait l'État, et qu'on laissât aux associés le soin de discerner si la société avait besoin d'être autorisée par le gouvernement; que l'État eût d'autre part, le droit d'empêcher toute société qu'il jugerait nuisible. On lui répondit, qu'à raison des fraudes auxquelles pouvait donner lieu ce mode d'association, à raison encore de l'influence heureuse ou fu-

(1) V. M. Pont, *Des sociétés commerciales*, p. 33.

neste que les sociétés anonymes pouvaient exercer sur le crédit public et sur les fortunes des particuliers, l'ordre public y était toujours intéressé; qu'il convenait dès lors d'imposer à toutes la nécessité de l'autorisation ⁽¹⁾.

Beaucoup de tribunaux et chambres de commerce qui avaient été consultés à la rédaction du Code de 1807 sur l'opportunité et l'utilité de l'autorisation gouvernementale, l'avaient aussi désapprouvée. Parmi les tribunaux défavorables à cette autorisation, il faut citer ceux de Paris, de Caen, d'Abbeville, de Bayonne, de Nancy, Nantes, Rochefort, Saint-Brieuc, Saint-Malo, Strasbourg, etc. Le tribunal commercial du Havre, disait : l'autorisation gouvernementale pourrait être bonne pour les grandes entreprises qui ont un étroit rapport avec l'intérêt public, comme serait la Banque de France et autres établissements du même genre; mais, s'il s'agit d'associations particulières, comme de l'armement d'un navire commercial ou de la création d'établissements manufacturiers, l'autorisation est inutile parce qu'il s'agit d'opérations ordinaires de commerce qui se règlent et doivent se régler suivant les conventions des parties contractantes.

L'autorisation préalable l'emporta néanmoins et elle resta jusqu'en 1867 l'une des principales conditions de la constitution des sociétés anonymes, et celle qui nuisait le plus à leur développement.

25. L'autorisation administrative n'était pas une simple formalité, elle devait être un contrôle assez minutieux de la part du gouvernement. Celui-ci ne

(1) V. Dalloz, *Sociétés*, n. 47.

devait l'accorder qu'après s'être assuré que la société anonyme qu'on voulait fonder, présentait assez de garanties pour qu'on pût, sans danger aucun, dispenser ceux qui la composaient de la responsabilité personnelle. Ces garanties résultaient des capitaux apportés ou annoncés par les fondateurs de la société et des clauses et stipulations de l'acte de société; si elles étaient jugées suffisantes, on accordait l'autorisation qui était refusée dans le cas contraire. Il pouvait très bien se faire que le gouvernement, avant d'accorder l'autorisation qui lui avait été demandée, imposât des conditions; puisqu'il pouvait refuser l'autorisation, à plus forte raison pouvait-il ne l'accorder que moyennant l'accomplissement de certaines conditions indiquées par lui ⁽¹⁾.

26. Comment devait-on s'y prendre pour obtenir cette autorisation? Le Code ne pose que la règle et se tait sur la procédure. Une instruction ministérielle du 22 octobre 1817 a comblé cette lacune. D'après cette instruction, ceux qui voulaient former une société anonyme, devaient adresser la demande d'autorisation au préfet de leur département et à Paris au préfet de police. La demande devait être signée par tous les actionnaires, à moins que l'acte social souscrit par eux ne contînt une délégation ou un pouvoir conféré à cet effet à un ou à plusieurs d'entre eux. Elle devait en outre, être accompagnée de l'acte public constitutif de la société et contenir l'engagement des associés que leur mise sociale ou leur promesse de la fournir, était ferme et irrévocable. Avec l'acte constitutif de la so-

(1) MM. Malpeyre et Jourdain, *op. cit.*, p. 183.

ciété, étaient produits les statuts; une simple copie des actes publics était remise en même temps, pour être déposée dans les bureaux du ministère. En dehors des actes sociaux, les associés devaient faire connaître : l'affaire ou les affaires que la société se proposait d'entreprendre et la désignation de celui de ses objets qui lui servirait de dénomination; le domicile social, la durée de la société; le montant du capital que la société devait posséder, la manière dont il serait formé, soit par des souscriptions personnelles fixes ou transmissibles, soit en actions à ordre ou au porteur; le délai dans lequel le capital devait être réalisé et le mode d'administration. Si les signataires de l'acte social, ne composaient pas à eux seuls la société et ils déclaraient ne devoir la compléter qu'après avoir reçu l'approbation du roi, ils devaient représenter au moins le quart en sommes du capital réel, non compris les actions concédées à des inventeurs, artistes, etc.

27. Le préfet transmettait la demande avec les pièces qui l'accompagnaient au secrétaire d'État de l'Intérieur, et il devait donner son avis sur les points suivants :

1° Si l'entreprise n'était pas contraire aux lois, aux mœurs, à la bonne foi du commerce et au bon ordre des affaires en général, ou si elle ne présentait pas quelque vice qui en rendait le succès improbable;

2° Sur les qualité et moralité des souscripteurs, particulièrement dans le cas où les associés pour le quart à réunir étaient seuls connus et devaient chercher des coassociés; de même sur les administrateurs s'ils étaient désignés;

3° Sur les ressources des souscripteurs, de manière

à s'assurer qu'ils étaient en état de réaliser leur mise soit à l'ouverture de la société, soit aux termes prescrits, etc.

Toutes ces indications étaient destinées à mettre le gouvernement à même de savoir si la société qu'on voulait fonder était vraiment sérieuse.

Ces renseignements si complets qu'ils nous paraissent, étaient impuissants à déterminer le gouvernement à accorder ou non l'autorisation.

Il fallait quelque chose de plus, qui était d'un grand poids dans la décision du gouvernement, l'avis du Conseil d'État; cet avis n'était donné qu'après examen et réflexion. En dernier lieu, le gouvernement à la suite d'un mûr examen et en se basant sur l'avis du Conseil d'État, délivrait ou refusait l'autorisation qui lui avait été demandée; bien des fois, il faisait naître une société dont l'avenir était douteux ou entravait une entreprise qui avait des chances sérieuses de succès.

D'autre part, l'article 45 Cod. com., faisait connaître au public si la société anonyme avait été autorisée ou non. *L'ordonnance du roi qui autorise les sociétés anonymes*, disait ce texte, *devra être affichée avec l'acte d'association et pendant le même temps que les extraits des sociétés en nom collectif ou en commandite* ⁽¹⁾. « Autrement il serait à craindre — dit M. Pardessus — que des aventuriers ne supposassent une fausse autorisation, ou en laissassent ignorer quelque clause importante pour ceux qui, par la suite, deviendraient actionnaires et les attirassent dans des pièges tendus à leur facilité ⁽²⁾. »

(1) Pendant trois mois (article 42 C. com.).

(2) V. *Cours de droit commercial*, p. 137.

28. L'autorisation préalable une fois obtenue, la société anonyme n'était pas exempte pour l'avenir de la surveillance gouvernementale. Cette autorisation n'avait rien de définitif et d'irrévocable ; le roi en l'accordant ne renonçait pas à la reprendre, quand les circonstances qui l'avaient déterminé à l'accorder, seraient passées. Une société anonyme pouvait par ses mauvaises affaires jeter la perturbation dans le commerce : ses associés sachant qu'ils n'étaient tenus que jusqu'à concurrence de leur mise, pouvaient se livrer à une fabrication excessive, faire des achats trop grands, contracter des emprunts auxquels le fonds social ne pourrait faire face ; situation tout à fait préjudiciable pour les tiers qui se seraient fiés à la société. Pour tous ces motifs, le gouvernement devait continuer à avoir la tutelle de la société et lui retirer l'autorisation, quand il y aurait lieu. Cela était d'autant plus nécessaire que l'autorisation gouvernementale donnait aux sociétés anonymes un crédit très grand, et l'abus qu'on aurait pu en faire aurait été plus grand encore.

Le droit de retirer l'autorisation ne pouvait appartenir qu'à celui qui l'avait accordée, c'est-à-dire à l'administration. Les tribunaux n'avaient rien à y voir et leur pouvoir devait se réduire à prononcer des condamnations personnelles contre les administrateurs, qui n'avaient pas su respecter les statuts. Aller au delà, aurait été de leur part un excès de pouvoir ⁽¹⁾.

29. L'autorisation préalable présentait plus d'un inconvénient : elle n'était accordée qu'après des re-

(1) V. Delangle, *op. cit.*, p. 57.

tards inévitables; d'autre part, elle pouvait être accordée à des sociétés qui ne présentaient pas les garanties voulues et refusée à celles qui remplissaient toutes les conditions exigées; l'accord ou le refus de l'autorisation préalable dépendait du bon plaisir du gouvernement. En outre, l'autorisation inspirait au public une trop grande confiance dans la société qui l'avait obtenue et si par malheur la société venait à faire faillite, on n'hésitait pas à en faire tomber la responsabilité sur le gouvernement (1).

Ce qui déconsidérerait encore l'autorisation préalable, c'était la liberté laissée aux sociétés en commandite par actions qui pouvaient se constituer, sans passer par la surveillance administrative.

« Cette liberté, dit très justement notre savant maître, ne pouvait pas se justifier logiquement en présence de l'autorisation et de la surveillance auxquelles on avait soumis les sociétés anonymes. De deux choses l'une, il fallait exiger l'autorisation pour toutes les sociétés par actions ou ne la prescrire pour aucune. » Et quelles étaient les raisons qui avaient déterminé le législateur à faire cette distinction? cherchons-les dans le même auteur :

« Les rédacteurs du Code de 1807, ont été touchés de ce que, dans les sociétés en commandite par actions, il y a des gérants dont la responsabilité solidaire et personnelle est une garantie pour les tiers. Mais cette garantie n'est pas toujours sérieuse; dès que les opérations d'une société en commandite prennent un certain développement, les obligations sociales deviennent

(1) V. M. de Muralt, *De la fondation des sociétés anonymes*, p. 27.

assez considérables pour dépasser de beaucoup les fortunes même les plus grandes⁽¹⁾. »

30. On finit par s'apercevoir que les sociétés commerciales, telles qu'elles étaient réglementées par le Code de 1807, laissaient beaucoup à désirer. Les sociétés en commandite pouvant être formées sans autorisation, c'est à elles que recouraient ceux qui voulaient exploiter le public au moyen de l'association. Beaucoup de sociétés qui n'auraient pas pu se former, parce qu'elles n'auraient pas obtenu l'autorisation du gouvernement, prirent la forme de sociétés en commandite par actions. En peu de temps, les sociétés en commandite devinrent très nombreuses et avec elles les fraudes augmentèrent d'une façon considérable. On s'en inquiéta et le gouvernement voulut pour remédier à cet état de choses, supprimer les sociétés en commandite par actions. On ne les supprima cependant pas, mais on les régleta par la loi du 17 juillet 1856, plus tard abrogée par la loi du 24 juillet 1867.

La loi de 1856 n'avait modifié le Code que en ce qu'il touchait aux commandites par actions, et les sociétés anonymes étaient restées soumises à l'autorisation préalable. De nombreuses plaintes eurent lieu et le mécontentement s'accrut. On réclama contre la réglementation trop sévère des commandites et on demanda à toutes forces l'abolition de l'autorisation préalable. Les plaintes du commerce, les écrits des jurisconsultes qui les justifiaient, rien n'y fit; le gouvernement ne voulait pas entendre, il avait renoncé à lire. Ce qui le détermina à traiter plus favorablement

(1) V. MM. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, p. 204 et 205.

les sociétés anonymes, ce fut la convention conclue avec l'Angleterre en 1862. En vertu de cette convention, le gouvernement français accordait aux sociétés anglaises le droit de faire des opérations en France; cette disposition mettait dans une position inférieure les sociétés françaises, qui non seulement subissaient la concurrence des sociétés anglaises, mais encore avaient dans la lutte une situation très désavantageuse. La loi du 23 mai 1863, fit droit dans une certaine mesure à des plaintes qui n'étaient que trop justifiées. Cette loi ne procéda pas *per saltum*, et ne tomba pas d'un extrême dans l'autre; elle prit un moyen terme et dispensa de l'autorisation les sociétés anonymes, dont le capital social ne dépasserait pas 20 millions.

31. On était entré dans la voie de la liberté et l'on comprit peu de temps après 1863, que l'autorisation préalable avait fait son temps, que les services qu'elle rendait ne compensaient pas les inconvénients qu'elle entraînait et qu'enfin, une réglementation même minutieuse était préférable à l'autorisation. C'est dans ce sens que s'exprimait l'exposé des motifs de la loi de 1867 :

« Avant d'émettre son avis sur l'autorisation demandée par les fondateurs des sociétés anonymes, le Conseil d'État, on le sait, examine leurs statuts, s'assure qu'ils ne contiennent aucune stipulation contraire aux lois, aux bonnes mœurs et à l'ordre public, aucune clause compromettante pour les intérêts des actionnaires ou dangereuse pour les tiers. Il vérifie autant que possible, la sincérité et la valeur des apports, la réalité des souscriptions, la moralité et la solvabilité des souscripteurs.

« Certes, il y a dans cet examen de sérieuses garanties ; mais le législateur peut aisément remplacer toutes celles qui résultent de l'étude des dispositions statutaires, en traçant les règles générales sur lesquelles doivent être en quelque sorte calqués tous les contrats de société⁽¹⁾. »

La loi du 24 juillet 1867 donna satisfaction aux nombreux intérêts entravés par l'autorisation préalable.

« Le législateur de 1867 — dit M. Rivière — a jugé que les garanties qui pouvaient résulter de la vérification à laquelle le gouvernement se livrait au sujet de la sincérité et de la valeur des apports, de la réalité des souscriptions, de la moralité et de la solvabilité des souscripteurs, pouvaient être remplacées par les règles tutélaires qu'il traçait ; que lorsque la nature ou la valeur des apports présenterait quelque incertitude, les dispositions prescrites pour la vérification et l'approbation de ces apports feraient aisément découvrir l'erreur ou la mauvaise foi. Il a laissé enfin à l'initiative individuelle, aux parties intéressées, le soin de s'enquérir de la condition, de la moralité et de la solvabilité des personnes, en indiquant aux intérêts privés les moyens qu'ils doivent employer pour se protéger. Il a supprimé la surveillance de l'administration en s'en remettant à la prévoyance et à l'activité de l'intérêt individuel. L'intervention de cet intérêt dans la nomination des administrateurs, dans le choix des commissaires appelés à contrôler et les investigations auxquelles les tiers doivent se livrer avant de con-

(1) V. Tripier, t. I, p. 38.

tracter avec une société, lui ont paru des garanties aussi efficaces et aussi puissantes ⁽¹⁾. »

La loi de 1867 est très prodigue en dispositions protectrices des actionnaires et des tiers — bien plus qu'il n'est besoin peut-être — mais elle est mille fois préférable au Code de 1807. Et c'est un grand progrès — dirons-nous avec un éminent professeur trop tôt enlevé à l'enseignement et à la science — que la substitution d'une légalité, même sévère et étroite, au bon plaisir administratif ⁽²⁾.

SECTION III.

La liberté des sociétés anonymes.

32. Examinons une question qui est l'objet d'une importante discussion : faut-il laisser la pleine liberté aux sociétés anonymes, ou faut-il les soumettre à une réglementation? Il y a de bons arguments en faveur de la liberté absolue :

« Laissez — disent les auteurs trop enclins au libéralisme — les fondateurs et les actionnaires agir à leur guise, souffrez que la convention, les statuts forment l'unique loi de ceux qui participent à la société ou qui traitent avec elle, exigez seulement que ces stipulations soient rendues publiques. Qu'il se produise des abus, des fraudes et des désastres, c'est à prévoir; mais ces dures expériences porteront des fruits, le

(1) V. Com. de la loi du 24 juillet 1867, p. 204.

(2) V. l'article de M. Batbie dans la *Revue des Deux-Mondes* du 15 février 1868.

public s'habituerà à ne plus être protégé et à veiller avec vigilance à ses propres intérêts ⁽¹⁾. »

Le contrat de société — continue-t-on — rentre dans le droit commun des contrats, et on ne voit pas pourquoi on créerait pour lui des règles à part, sans qu'il puisse invoquer les règles ordinaires. Pour la même raison on ne doit pas faire exception au principe de la liberté des conventions, car qui est le meilleur juge de ses intérêts que les intéressés eux-mêmes? Il est vrai que jusqu'à la loi de 1867, le public s'était accoutumé à accueillir avec une confiance quelque peu aveugle les sociétés autorisées; il en est résulté qu'au lieu de s'éclairer et s'aguerrir par l'expérience, il a laissé s'amollir son activité individuelle, abandonnant au gouvernement le soin de l'enquête et la responsabilité de la décision. Les actionnaires commenceront peut-être par se tromper, quand il leur faudra par eux-mêmes voir les choses et juger les hommes; il y a là un reste fâcheux de l'ancienne législation qui nous laisse encore dans une situation difficile et rend, pour quelque temps encore, les précautions nécessaires.

33. La liberté des sociétés anonymes n'a pas eu un meilleur défenseur que M. Émile Ollivier. Le président du conseil de 1870, dans un remarquable discours, a soutenu que les sociétés, qu'elles fussent en commandite ou anonymes, devaient se constituer en pleine liberté, sans aucune entrave, pas même une sage réglementation. Nous ne pouvons pas nous empêcher d'admirer son discours, qui contient tout ce qu'on peut dire de mieux en faveur de la liberté des

(1) Opinion de MM. Vavasseur et Bathie, V. M. de Muralt, *op. cit.*, p. 28 et 29.

sociétés. L'idée de la complète émancipation des sociétés qui avait été entrevue et défendue avant lui, paraissait à M. Émile Ollivier la seule solution pratique et définitive de ce problème incessamment agité : l'organisation et la législation des sociétés commerciales. Il avait été tellement frappé par l'indécision des membres de l'Assemblée qui prenaient part à l'élaboration du projet de loi de 1867, et par leur diversité d'opinion, que toute hésitation pour lui avait disparu.

« J'ai été tellement frappé en prenant part à l'élaboration du projet de loi pendant un certain nombre de séances, des difficultés, de l'impossibilité même d'arriver à des solutions cohérentes et logiques; j'ai vu tellement les meilleurs esprits, soit parmi les jurisconsultes, soit parmi les commerçants qui forment la commission, se mouvoir perpétuellement dans des idées arbitraires, qui se heurtaient sans qu'aucune raison décisive se présentât de préférer l'une à l'autre, qu'alors mes hésitations ont disparu et ce que je n'avais formulé qu'à l'état d'opinion, je l'ai présenté à la commission à l'état de contre-projet et d'amendement. Depuis, j'ai recueilli de la part des hommes d'affaires, des jurisconsultes, non plus seulement de la part de ceux qui écrivent des livres théoriques, mais surtout de la part de ceux qui, mêlés au mouvement des choses, en connaissent le mieux les nécessités et les règles, j'ai, dis-je, recueilli de tels encouragements, une telle approbation, on m'a répété avec tant d'ensemble, des côtés les plus divers, que mon projet était le seul qui fût de nature à trancher les difficultés, à satisfaire le commerce sans le gêner, que je me

suis enhardi à vous exposer mon système et à tenter un effort pour vous le faire accepter ⁽¹⁾. »

34. Après cette introduction, le député entre dans le fonds de la question. Il montre que dans une société anonyme, les actionnaires sont les *domini* de l'opération, ce sont eux qui font tout dans la société; chose qui n'a pas lieu dans les autres sociétés. Cela étant, les membres d'une société anonyme sont très protégés, et n'ont plus besoin que la loi les protège encore.

Venant ensuite aux différentes espèces de sociétés, le défenseur de la liberté des sociétés commerciales se demande pourquoi ne pourrait-on pas fonder une société qui ne rentrât pas dans la catégorie de celles prévues par le Code; pourquoi mettre obstacle à la constitution des sociétés qui ne rentrent pas dans une des cinq catégories réglementées par la loi?

Et pourquoi enfin : « dès qu'une personne est majeure, capable, maîtresse de ses droits, qu'elle n'est ni pourvue d'un conseil judiciaire, ni frappée d'interdiction, n'a-t-elle pas, en ce qui touche la constitution des sociétés commerciales, une capacité égale à celle dont elle jouit sans contestation dans tous les actes de la vie civile ou politique. Dès qu'un citoyen est majeur, qu'il est *mentis compos* comme disent nos maîtres les jurisconsultes romains, qu'il a la plénitude de sa volonté, de sa capacité, il est illégitime d'entraver son activité; de gêner les combinaisons qu'elle lui suggère, de modifier les contrats qu'elle lui inspire, tant qu'il ne se heurte pas à des prohibitions formelles du législateur ou à ces règles un peu plus vagues, mais que

(1) V. Tripier, t. I, p. 310 et suiv.

les jurisconsultes comprennent et définissent qui sauvegardent l'ordre public. En dehors de ces deux limitations qui du reste ne sont pas spéciales et qui dominent l'ensemble du droit, mon amendement reconnaît au commerçant pour former une société autant de liberté qu'au propriétaire pour vendre une maison, qu'au fermier pour signer un bail.

« A la liberté que j'accorde, je n'impose qu'une condition : la publicité complète, loyale. Sans elle, toute liberté serait nuisible et frauduleuse, des tiers doivent avoir la possibilité de se rendre compte à tout moment de l'état de la société, du régime qu'elle a institué, des garanties qu'elle a stipulées, des chances qu'elle fait courir à ceux qui traitent avec elle.

« Ainsi la liberté, c'est le droit ; la publicité c'est le devoir ou autrement la publicité, c'est le frein, le remède, le correctif de la liberté. »

35. Ce qui doit intéresser dans une société — toujours d'après l'orateur dont nous résumons le discours — et par conséquent ce qui doit faire l'objet des préoccupations du législateur, ce sont les deux points suivants : qui sera l'administrateur de la société, qui l'engagera ; et, s'il y a des pertes, sur qui retomberont-elles ? Le législateur n'a pas à s'occuper d'autre chose, et voici en quels termes énergiques M. Émile Ollivier enlève au législateur tout droit de s'immiscer dans une société sauf, pour les deux questions que nous venons d'indiquer :

« Ces deux questions résolues, l'intérêt des tiers et par suite l'intérêt social est garanti. Toutes les autres précautions : conseil de surveillance, fonds de réserve, indisponibilité du capital, toutes ces mesures dont vous

encombrent bien inutilement vos lois, elles ne sont relatives qu'à la protection de celui qui constitue une société ou qui y prend des actions. Il peut les stipuler s'il veut, il en a la liberté, il en a le droit; s'il ne le fait pas, s'il néglige ses intérêts, qu'il en supporte les conséquences! la société n'est pas chargée d'empêcher qu'il ne se ruine, pas plus qu'elle ne l'est de veiller à ce qu'il n'achète pas une maison trop cher, pas plus qu'elle ne l'est d'empêcher qu'il lance à la mer un navire dans des mauvaises conditions ou qu'il ne dépose ses fonds entre les mains d'un banquier infidèle, tout cela est de l'ordre purement privé et par conséquent en dehors de la compétence de la loi (1). »

Ces arguments, il faut le reconnaître, sont assez spécieux. Personne n'ignore que les parties sont libres de faire telles conventions que bon leur semble; ces conventions font loi entre elles, et dès lors de quoi se mêle le législateur? Si les parties ont voulu se lier par des contrats et qu'on veuille leur imposer des obligations auxquelles elles n'ont pas entendu se soumettre, on méconnaît sans aucun doute la liberté des conventions. Les conventions sont libres non seulement dans notre droit moderne, mais elles l'étaient aussi dans le droit romain; sous quel prétexte méconnaître ce principe? Les conventions sont libres; voilà pourquoi les sociétés commerciales doivent être libres.

36. Cette liberté des sociétés commerciales que réclame M. Ollivier, est-ce une innovation qu'il veut introduire dans la loi? *non nova sed oblita*, répond-il;

(1) V. Tripier, t. I, p. 316.

les principes qu'il veut faire triompher ne sont pas nouveaux; ils ne sont qu'oubliés; il n'innove pas, il rappelle.

Le droit commercial tout entier ne naquit que de là liberté. Souvenons-nous, nous dit le ministre de 1870, que les commerçants de Gênes, de Florence, de Marseille, créaient un droit nouveau un droit civilisateur, le droit commercial, sans s'inquiéter le moins du monde des règles posées par le droit civil. Ils ne tenaient compte dans l'exercice du commerce que de l'usage universel du monde entier. « Et ainsi se créa au milieu des diversités de la loi civile, la loi commune du monde commercial. Les seigneurs étaient occupés à autre chose et leurs exactions n'empêchèrent pas la croissance mystérieuse de la loi nouvelle, qui s'établissait à côté de la loi civile et le plus souvent en opposition avec elle. »

La liberté des sociétés nous surprend; eh bien! la lettre de change à sa création excita le même étonnement. Cet instrument de crédit existait avant qu'une loi le prévît, les commerçants s'en servaient toutes les fois peut-être qu'ils avaient des paiements à faire, et la clause « payez à l'ordre » qui facilitait le mouvement commercial causa un étonnement très grand parmi les jurisconsultes. On ne voulait pas valider cette clause d'un usage si courant et en l'assimilant à une cession de créance, on voulait qu'elle se conformât aux règles relatives aux cessions des créances; mais « le commerçant laissa les jurisconsultes consulter, dissenter, pérorer, il persévéra et imposa sa coutume. »

La liberté triompha encore et établit la juridiction commerciale. Les commerçants ne voulant plus des

lois civiles, finirent par trouver les juges civils incompetents pour les juger; ils établirent des consuls qui les jugèrent *secundum bonos veteres usus*, selon les bons vieux usages. « C'est ainsi que s'est créée cette loi commerciale par la libre convention des parties en absence de toute espèce de législation. A quoi bon d'ailleurs s'acharner à combattre la coutume commerciale qui crée le libre jeu des conventions? c'est tenter l'impossible. Tout ceux qui l'ont essayé, y ont échoué. »

37. Le Code de commerce de 1807 a été aussi impuissant à entraver la liberté commerciale; car les parties trouvaient bien le moyen d'écarter l'autorisation préalable. Et ce Code si protecteur du public n'empêcha pas qu'il y eût des actionnaires entraînés, pipés, spoliés, ruinés.

« Vous n'êtes arrivés à cette liberté des sociétés anonymes que forcés par la coutume commerciale. La coutume vous a montré par cela qu'elle est la liberté, elle est invincible, qu'elle a des armes que le législateur ne soupçonne pas et que dès que dans un mur, on lui laisse seulement une fissure, elle s'y introduit et abat le mur..... Le lendemain du jour où vous avez écrit dans le Code que les sociétés anonymes devraient être autorisées, le commerce qui ne pouvait pas se passer du moyen de créer librement de grandes associations de capitaux, s'est avisé d'un article du Code qui autorisait la division en actions du capital de commandite. Alors sans faire de bruit, il a créé la commandite par actions au porteur. C'était le commencement de la démolition de la société anonyme. » Et petit à petit, nous raconte M. Ollivier — la société

anonyme fut transformée pour le besoin de la cause, en commandite. Contre cette infraction, on avait beau crier, beau se plaindre, les tribunaux donnaient gain de cause aux associés, car ils jugeaient *secundum bonos veteres usus*. C'est alors qu'intervint la loi de 1856 qui réglementa les sociétés en commandite par actions et « qui a été frappée de stérilité et de discrédit le lendemain même de sa promulgation. De tous les côtés s'élevèrent les critiques des jurisconsultes, les protestations des économistes. La jurisprudence ne tarda pas à y joindre ses hésitations et ses tempéraments. » La loi de 1863 donnait en partie satisfaction aux plaintes soulevées par la loi de 1856. Par le projet de 1867, on ne faisait que généraliser le principe de liberté posé en 1863, « eh bien, messieurs — dit le député de 1867 et le ministre de 1870 — que ce soit là un enseignement : le commerçant, l'industriel, l'homme adonné aux affaires ne vous demande aucune protection. Il ne vous demande que les routes libres, les entraves enlevées à ses pieds et au prix d'une responsabilité qu'il accepte, d'une publicité qu'il vous accorde aussi impitoyable que vous le désirez, il ne vous demande que d'être le maître de ses actes. »

38. Il faut que les actionnaires soient prudents, qu'ils prennent tous les renseignements, qu'ils lisent attentivement les statuts, c'est leur devoir. S'ils ont souscrit sans connaître les statuts et qu'ils soient victimes de leur négligence, la loi ne doit aucune protection. Un actionnaire qui s'est désintéressé de la société au point de n'en pas lire les statuts et qui se plaindrait ensuite d'avoir été trompé, se trouverait dans la même

position qu'un malfaiteur qui traduit devant la justice pour un délit quelconque, invoquerait pour sa défense l'argument qu'il ne lit jamais le Code pénal, « tant pis pour vous lui dirait le magistrat, je vais vous envoyer en prison pour que vous l'appreniez. »

Pour accorder aux actionnaires la protection de la loi, il faudrait les déclarer incapables, ce n'est qu'à ce titre qu'ils mériteraient la protection légale. Mais « comment comprendre que le même homme qui peut entretenir sur la mer dix navires, ouvrir une maison de banque de plusieurs millions, prêter son crédit aux rois, s'il est un Rotschild ou Bardi, aliéner son patrimoine, doter ses filles, contracter des dettes, acheter, vendre, hypothéquer, tester, c'est-à-dire lier l'avenir; qui peut comme électeur nommer des députés, comme député voter des lois, comment comprendre que cet homme devienne tout à coup un mineur, un incapable dès qu'il se convertit en actionnaire! »

Quant aux fraudes auxquelles pourrait donner lieu la liberté laissée aux sociétés, l'orateur ne les méconnaît pas, mais ne les croit pas assez dangereuses pour sacrifier le principe. Voici ce qu'il en dit :

« Je déteste comme vous l'agiotage, je déteste comme vous la fraude; mais parce qu'elle peut se glisser dans les sociétés, je ne veux pas plus les entraver dans leurs allures, que je ne veux abolir le feu parce qu'il brûle en même temps qu'il réchauffe. Si la fraude existe, on la poursuivra devant les tribunaux civils, devant les tribunaux criminels. La répression suffira à l'empêcher et si elle se manifeste à la punir. »

« Quel cas pourrait échapper à vos lois pénales? Rien ne peut passer à travers leurs lacets serrés; ne peut-on

pas d'ailleurs les compléter et les expliquer, les développer si la nécessité s'en manifestait? ⁽¹⁾»

39. L'amendement que ce beau discours défendait était le suivant :

« La loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions et la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, sont abrogées. Les articles 18 à 64 du Code de commerce, sont remplacés par les dispositions suivantes :

ART. 1. — La loi ne régit les sociétés de commerce qu'à défaut des conventions spéciales. Toutes conventions sont valables entre parties, à la seule condition de n'être pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Pour être opposables aux tiers, elles doivent être rendues publiques.

ART. 2. — Les parties peuvent se borner à déclarer qu'elles entendent former une société en nom collectif ou une société en commandite ou une société anonyme. Elles sont considérées comme se soumettant par là même aux articles suivants.

ART. 3. — Dans la société en nom collectif, chacun des associés a pouvoir d'administrer et d'engager la société; les différents associés sont tenus solidairement de tous les engagements de la société.

ART. 4. — La société en commandite suppose qu'il existe : 1° un ou plusieurs associés tenus personnellement et solidairement des dettes de la société; 2° un ou plusieurs associés, simples bailleurs de fonds, passibles des pertes seulement jusqu'à concurrence de leurs mises. — Sauf conventions contraires, l'admi-

(1) V. dans le même sens l'article déjà cité de M. Batbie, *Revue des Deux Mondes* du 15 février 1868.

nistration appartient à tous les associés en nom. — Le droit des simples commanditaires peut exister sous forme d'actions.

ART. 5. — Dans la société anonyme, les différents associés ne sont passibles des pertes que jusqu'à concurrence de leurs mises. Le droit de chacun est représenté par une ou par plusieurs actions. L'acte constitutif indique comment la société sera administrée.

ART. 6. — Si les parties avaient simplement déclaré se mettre en société, elles seraient censées avoir formé une société en nom collectif.

ART. 7. — Tout acte constitutif d'une société commerciale doit être transcrit sur un registre à la mairie de la commune où est établi le siège social.

ART. 8. — La société qui n'a pas été rendue publique conformément à l'article précédent, n'existe pas à l'égard des tiers; elle peut seulement valoir entre les parties comme association en participation. Si quelque clause de l'acte de société a été omise dans la transcription, cette clause ne peut jamais être invoquée par les associés contre les tiers.

ART. 9. — L'associé tenu personnellement d'une dette sociale, peut invoquer en cette qualité une prescription de cinq ans qui courent du jour de la dissolution de la société. Cette dissolution, dans le cas où l'acte constitutif n'en fait pas connaître l'époque précise, n'existe pas à l'encontre des tiers que du jour où elle a été rendue publique sur le registre tenu à la mairie. »

40. Malgré la beauté du plaidoyer qui a été fait en faveur de la liberté des sociétés commerciales, nous nous rangeons au système plus prudent qu'on lui a opposé.

Personne ne conteste la valeur de l'argument capital que M. Ollivier a tiré du principe de la liberté des conventions, et moins que tout autre son puissant contradicteur M. Forcade de la Roquette, ministre du commerce d'antân. Voici ce qu'il disait avec beaucoup de bon sens à ce propos : « ... le législateur après avoir reconnu ce principe que la convention fait la loi des parties, règle les conditions des contrats les plus ordinaires de la vie civile. Pourquoi les règle-t-il? pourquoi cette intervention? Est-ce pour nuire à la liberté des conventions, pour poser un principe arbitraire, pour nuire à la liberté individuelle? Non, messieurs, il y a deux motifs qui font que le législateur intervient dans les contrats et nous allons les retrouver dans les contrats de société. Ces motifs les voici : c'est que dans le silence de la convention, il faut que le législateur établisse le droit commun du contrat, car les conventions ne peuvent pas tout prévoir. La liberté des conventions, c'est une thèse facile à soutenir; mais est-ce que tous les citoyens dans un État sont capables de discuter toutes les conditions d'un contrat, même du contrat le plus usuel, d'en saisir toutes les conséquences précises? Non. Dans leur convention, les parties posent les bases du contrat; le législateur intervient derrière pour compléter les dispositions qui manquent à la convention et combler par avance les lacunes qui peuvent y exister. Cela déroge-t-il à la liberté des conventions? Non, mais cela y supplée et cela s'appelle la prévoyance du législateur ⁽¹⁾. »

41. La loi n'empêche pas les parties de faire les

(1) V. Tripier, t. I, p. 338 et suiv.

conventions qu'elles veulent; mais elle tend à prévenir les fraudes et les injustices. Dans une société par actions, la protection de la loi est-elle utile? Les actionnaires peuvent-ils exercer une surveillance rigoureuse sur les affaires de la société? Assurément non. En quoi donc alors la loi sort-elle de son rôle en remplaçant la surveillance individuelle nécessairement insuffisante par la protection qu'elle organise? La liberté des sociétés commerciales ferait reparaître les procédés qu'on employait pour tromper le public; il y aurait des actions non seulement de 100 fr., mais de 50, de 25 et pourquoi pas aussi de 1 fr. Les actions se transformeraient ainsi en billets de loterie, avec la seule différence que, dans une loterie, le hasard décide et que dans une société, tout le monde serait trompé, excepté les habiles. Les apports en nature seraient énormément grossis, on leur donnerait une valeur triple ou quadruple sans que rien mît obstacle à cette exagération. Les apports fictifs renaîtraient. Avec la liberté absolue consacrée par la loi, l'administration de la société serait confiée à un ou à quelques-uns irrévocablement; ce qui donnerait lieu à une dictature, à une aristocratie à vie, le plus souvent au détriment des actionnaires.

42. M. Ollivier nous dit que, même chez les Romains, la liberté des conventions était chose sacrée; cette assertion n'est pas rigoureusement exacte. Est-ce que ce formalisme, que les Romains connurent si longtemps dans les actes juridiques, n'était pas une entrave à la liberté des conventions? Et dans quel but cette entrave? Dans le but évident de la protection des parties. Qu'elles réfléchissent avant de s'engager;

en faisant choix d'une formule, les parties ont le temps de peser les conséquences qu'entraînera leur convention. Si les parties se sont trompées sur la formule, tant pis pour elles; le juge ne tiendra compte que de ce qui a été dit et pas de ce qu'on voulait dire, et si ce qu'on a dit est contraire à ce qu'on voulait dire, il faudra refaire le contrat et mettre ses paroles d'accord avec sa pensée. Cette rigueur s'expliquait par l'intérêt d'une bonne justice, et avait pour but la protection des parties contractantes.

Dans notre droit moderne, la liberté des conventions n'est pas si absolue qu'on se plaît à le dire. Rappelons l'article 1674 du Code civil. Les parties ont été libres de faire la vente et d'insérer dans le contrat tout ce qu'elles ont voulu; pourquoi donc le législateur donne-t-il au vendeur d'immeubles, lésé de 7 1/2, le droit de demander la rescision de la vente?

La réglementation ne fait d'ailleurs que protéger les actionnaires, le public en un mot, contre la fraude, dont la plupart du temps il ne peut se garantir; et c'est le devoir de l'État d'obvier aux fraudes qui ne manqueront pas de se produire avec la liberté absolue des sociétés par actions. Ne vaut-il pas mieux d'empêcher une mauvaise action de se commettre, que de frapper son auteur après qu'il s'en est rendu coupable? « Gouverner, c'est prévoir — disait le ministre du commerce — et la loi qui nous gouverne ne fait que prévoir. »

43. Quant à nous — nous l'avons dit au commencement de notre ouvrage — nous sommes partisan des idées les plus libérales, mais il ne faut pas que

ces idées poussées à l'excès, produisent de fâcheux résultats.

« N'oublions pas — dit M. Courcelle-Seneuil — que l'usage courant de la société par actions est chose nouvelle et doit donner lieu, en cette qualité, à des réclamations bruyantes, irréfléchies, divergentes, contradictoires. On ne saurait contenter ceux qui veulent qu'on établisse des règlements restrictifs sans toucher à la liberté, ni ceux qui veulent qu'un acte du législateur empêche toute espèce d'abus. Observons d'abord les faits en eux-mêmes, et si nous croyons que des restrictions peuvent être utiles, n'hésitons pas à les proposer malgré les réclamations fondées seulement sur le grand nom de la liberté; car en matière de contrats, la liberté n'est pas un principe souverain. Il y a des contrats que le législateur réprouve avec raison; il y en a d'autres auxquels il refuse la sanction de la force publique en considération de l'utilité sociale, à laquelle la liberté elle-même est subordonnée. »

La liberté doit être aussi grande que possible, mais toutes les fois qu'un intérêt supérieur réclame qu'elle soit limitée, il faut la restreindre dans la mesure nécessaire. D'ailleurs, nous voulons que cette liberté soit égale pour tous; or, dans la société anonyme, les fondateurs et les actionnaires n'en jouissent pas également. La liberté absolue laissée aux sociétés anonymes, permettrait et faciliterait même les fraudes, en faisant la part trop belle aux fondateurs.

La liberté absolue ne serait favorable qu'aux fondateurs, hommes habiles le plus souvent; mais en quoi profiterait-elle à l'actionnaire qui apporterait son argent et que sa naïveté ou son peu d'instruction empêcherait

de voir clair dans l'affaire? N'ayant pas vu clair, a-t-il consenti en pleine connaissance de cause? pas le moins du monde.

44. Que l'actionnaire ne voie pas clair dans l'entreprise, cela peut être fréquent; les fondateurs se gardent bien de lui faire voir le mauvais côté de la société dont ils promettent merveilles, car ils savent bien qu'ils n'auront rien à craindre, la liberté des conventions étant là pour les protéger. Et cela parce que dans bien des sociétés, les fondateurs et les actionnaires n'ont pas un seul et même intérêt : la réussite de l'entreprise; les fondateurs ne veulent qu'établir la société même sur du sable; l'intérêt des actionnaires est tout autre, ils veulent que la société prospère, pour ne pas perdre leurs mises et toucher des dividendes.

« Au moment même de la fondation d'une société par actions — dit un savant économiste ⁽¹⁾ — ni les fondateurs ni les premiers acquéreurs d'actions ne sont responsables du résultat des opérations de la société. Que celle-ci soit mal conçue, quant au but, quant à l'organisation intérieure, que ses gérants et administrateurs soient capables ou incapables, honnêtes ou malhonnêtes, cela n'importe en rien aux fondateurs, auxquels il suffit que la société ait une apparence respectable auprès de l'opinion, afin que le placement des actions soit plus facile. Pour cela ils recherchent des noms auxquels des hautes fonctions antérieurement exercées, des talents oratoires ou politiques, des décorations ou des honneurs ont attiré la faveur publique, et obtiennent que les porteurs de ces noms entrent

(1) M. Courcelle-Seneuil, V. son article dans la *Revue des Deux-Mondes*, d'août 1880.

dans le conseil d'administration. Ceux-ci ont-ils la capacité spéciale que demande la direction de l'entreprise? Ont-ils assez de connaissances techniques, assez de vigilance et assez de temps pour surveiller les employés actifs de la société? Personne ne s'en informe. On les prend comme un appât et on leur offre des avantages tels qu'ils acceptent ce rôle. Sont-ce là des conditions propres à produire des sociétés industrielles bien constituées en état de rendre des services qu'on est en droit d'attendre d'elles. Personne n'oserait le soutenir.

« Le problème posé au législateur consiste en ceci : que l'intérêt des fondateurs de sociétés par actions est tout autre que celui de ces sociétés, c'est-à-dire de leurs actionnaires, qui est l'intérêt public. Les abus à réprimer ou à tolérer naissent de ce que les fondateurs ne sont pas responsables, comme l'entrepreneur ordinaire, de l'entreprise qu'ils fondent. L'intérêt public voudrait que les sociétés par actions fussent constituées, organisées et administrées par des hommes qui en fissent leur affaire, s'engageassent sérieusement dans la société et confondissent leur intérêt avec le sien, tandis que les choses se passent tout autrement. En fait, l'intérêt du financier fondateur et celui de la société sont toujours très distincts et quelquefois même opposés. Voilà l'inconvénient. »

45. La possibilité de la fraude est reconnue même par les défenseurs de la liberté absolue, et quel remède proposent-ils? laissez faire, laissez passer. L'expérience apprendra à celui qui a été trompé, à être plus attentif et à ne plus se laisser tromper une deuxième fois; ceux qui n'ont pas encore été trompés, devront l'être pour prendre l'habitude de veiller à leurs propres in-

térêts. A cela nous répondons avec M. de Muralt ⁽¹⁾ que ce traitement du mal par le mal réussira peut-être ; mais que peut-être aussi à la vue des ruines et des infortunes causées par les sociétés libres, en présence du peu de sécurité et de garanties qu'elles présentent, le public découragé se détournera d'elles, n'en résultera-t-il pas une stagnation autrement grave que les retards qu'entraîne le système actuel ?

46. A notre avis, une société anonyme ne devrait pas être absolument libre ni entravée par une réglementation trop rigoureuse, comme il y avait l'autorisation préalable avant la loi de 1867. Que cette autorisation soit administrative ou judiciaire, c'est — comme nous l'avons déjà dit — la même chose avec les mêmes inconvénients. Nous verrons plus tard en quoi consiste l'autorisation judiciaire qui ne nous plaît pas plus que l'autorisation gouvernementale. Nous sommes le plus ardent partisan d'une réglementation libérale. Ce système a sur tous les autres une supériorité marquée, car il protège dans la même mesure toutes les personnes que la société intéresse. La réglementation fournit des indications précises à ceux qui veulent constituer une société régulière et viable ; elle détermine les fondateurs à procéder normalement sous peine de se voir exposés aux conséquences civiles et pénales d'actes illicites et frauduleux. Dans sa protection elle n'oublie pas les actionnaires, auxquels elle donne les moyens de résister et de contrôler les fondateurs. Pour les tiers qui traitent avec la société, elle est aussi d'une grande utilité, elle leur donne une sécurité, sécurité relative sans doute, mais qui vaut mieux que rien.

(1) *Op. cit.*, p. 29.

On nous objectera que la loi peut être tournée ou violée; c'est vrai, mais on hésitera à encourir la responsabilité civile et pénale à laquelle expose la violation de la loi.

Laisser la liberté absolue et avoir des sociétés anonymes solides serait, d'après nous, un idéal très difficile et même impossible à atteindre.

CHAPITRE III.

LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES D'APRÈS LA LÉGISLATION ACTUELLE (loi du 24 juillet 1867).



SECTION I.

47. Acte sous seing privé. — Une des exigences du Code de commerce, était que la société anonyme ne pût se former que par acte public, par acte notarié. La loi de 1867 n'a pas cru nécessaire de reproduire cette ancienne disposition qui allait, paraît-il, de pair avec l'autorisation préalable; aussi l'a abolie-elle dans le même article où elle abolissait cette dernière mesure. L'article 21, alinéa 2 de la loi dit : *elles* (les sociétés anonymes) *pourront quel que soit le nombre des associés, être formées par un acte sous seing privé fait en double original*. Le législateur de 1867 n'a pas voulu être plus sévère quand il s'agissait d'une société anonyme, que quand il s'agissait d'une société en commandite ou en nom collectif.

L'acte sous seing privé qui remplace l'acte authentique devra être fait en double original; ce n'est pas trop, quand on pense au nombre de personnes qui entrent dans une société anonyme. D'autre part, on sait que le Code civil exige pour les contrats synallagmatiques (et le contrat de société en est un) autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (art. 1325); cette exigence ne pouvait pas s'appliquer aux sociétés anonymes pour des raisons qu'il est facile de deviner.

Donc, pas d'acte authentique, mais un acte sous seing privé. Deux exemplaires suffisent-ils, comme semble le dire l'alinéa 2 de l'article 21? Non. L'article 21 est inexact; comme le remarque très justement notre savant maître, il contient une erreur d'addition. Il dit que l'acte sous seing privé devra être en double original, et d'après le calcul, on constate que la loi exige quatre actes sous seing privé et non pas seulement deux. Un premier original doit être déposé au greffe du tribunal de commerce, un autre au greffe de la justice de paix (art. 55); un troisième doit être affiché dans les bureaux de la société (art. 62); enfin un quatrième doit accompagner la déclaration notariée des fondateurs (art. 1) (1).

48. Le nombre des associés. — Le Code de commerce ne contenait rien à cet égard; c'est la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée qui introduisit cette innovation par imitation de la loi anglaise. Son article 2 dit que : *le nombre des associés ne peut être inférieur à sept*; disposition qui a été repro-

(1) V. MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 247, note 5.

duite dans l'article 23 de la loi de 1867. On justifie cette exigence en disant, que la loi n'a pas voulu fournir aux personnes le moyen d'échapper à une responsabilité personnelle, en formant une société anonyme au lieu d'une société en commandite ou en nom collectif; elle n'a pas admis d'exception à la responsabilité personnelle que pour les entreprises considérables, et le nombre sept est assez restreint.

On a craint d'un autre côté, qu'une société de moins de sept membres qui représenteraient tous l'administration de la société, ne ressemblât trop dans ses relations extérieures à la société en nom collectif et induisît le public en erreur sur l'étendue de ses engagements ⁽¹⁾.

« Les tiers — disait M. Mathieu au Corps législatif — après avoir cru, sur l'apparence, traiter avec une société de personnes indéfiniment responsables, se trouveraient en face d'une société anonyme, c'est-à-dire d'une responsabilité limitée au capital ⁽²⁾. »

49. Le capital social. — Encore une lacune du Code de 1807 comblée par la loi de 1867, ou pour mieux dire par celle de 1856. La loi de 1867 à l'instar de la loi de 1856, dispose que les sociétés en commandite par actions et anonymes, *ne peuvent diviser leur capital en actions ou en coupons d'actions de moins de 100 francs, lorsque ce capital n'excède pas 200,000 francs, et de moins de 500 francs lorsqu'il est supérieur*. Cette disposition qui est contenue dans l'article 1 de la loi, toute nécessaire qu'elle fût jugée, ne passa

(1) V. M. Rivière, *Comment. de la loi de 1867*, p. 233; MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*; M. Boistel, *Précis de droit comm.*, p. 218.

(2) Séance du 4 juin 1867.

pas sans une vive discussion. Comme toujours quand il s'agit d'une disposition protectionniste, on la combattit en faisant prévaloir l'idée de liberté. La raison économique qui faisait intervenir le gouvernement pour régler les coupures des actions, ne paraissait pas suffisante. Pourquoi — disait-on — entraver un gérant qui, à raison des circonstances, de la nature de son industrie, etc., estime utile de faire descendre la coupure de ses actions au-dessous de 100 francs? Que faites-vous, répétait-on, de la liberté des conventions? Les faits donnaient tort aux partisans de la liberté. Si en 1856 on a été forcé de fixer le minimum du montant des actions, ce fut pour mettre un terme aux nombreux scandales, aux abus honteux auxquels la liberté absolue laissée aux fondateurs de diviser le capital social à leur guise, avait donné naissance. On voyait des coupures d'actions de 25 francs, de 15, de 10, de 5 et même d'un franc, dans le seul but de tromper le public. Ces petites actions s'adressaient à la population pauvre, qu'on pouvait plus facilement déterminer à placer ses économies à des sociétés, qui étaient loin — le chiffre trop petit de leurs actions en était une preuve — de présenter l'espoir d'un avenir heureux. « Elles étaient faites pour s'introduire dans les plus petites bourses, celles précisément pour lesquelles les pertes sont les plus cruelles; elles étaient préparées pour s'emparer des modestes économies qui, au lieu de se hasarder dans les périls de la spéculation, doivent aller s'accumuler dans les caisses d'épargne ⁽¹⁾. »

« Certes — dit M. Pont — il appartient à la loi de

(1) V. l'Exposé des motifs de la loi du 17 juillet 1856.

veiller à la protection de ces intérêts et dans cette vue, de soumettre les actions à un minimum qui, s'il ne fait pas obstacle à toutes les spéculations, peut faire au moins que la spéculation n'atteigne pas l'épargne de ceux qui par leur position sociale, ne sont pas suffisamment en mesure d'en apprécier les dangers. Et quoi qu'on en dise, les droits et les libertés du commerce restent complètement sauvegardés, aucun intérêt véritablement sérieux ne réclamant pas que le capital d'une société soit divisé en coupures inférieures à 100 francs ⁽¹⁾. »

Par cette mesure, on a voulu écarter un grave abus; empêcher la création des sociétés véreuses qui s'adressaient à des personnes inexpérimentées ⁽²⁾; auxquelles elles promettaient des bénéfices considérables en retour de versements minimes pour les déterminer à devenir actionnaires de la société ⁽³⁾.

50. La règle posée par l'article 1 de la loi de 1867, n'est pas applicable aux sociétés coopératives ou à capital variable, dont la création ne date que de la loi que nous étudions. Voici comment M. Forcade de la Roquette justifia cette exception au Corps législatif :

« Dans les sociétés coopératives, l'action au porteur est interdite. Voilà pourquoi l'action peut tomber au-dessous de 100 francs sans difficulté. Quand y a-t-il danger? quand il y a à la fois petite coupure et action au porteur, mais si l'action n'est pas au porteur, si elle est nominative, si elle n'est transférable que dans certaines conditions, alors l'inconvénient disparaît. Pour

(1) V. *Des sociétés commerciales*, p. 38.

(2) M. Rataud à son cours.

(3) V. MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 206.

les actions au porteur qui se transmettent sans garantie, qui se passent de main en main, nous demandons qu'elles ne tombent pas au-dessous de 100 francs. Dans les sociétés coopératives, on autorise les coupures de 50 francs et on admet que la société soit constituée avec le versement d'un dixième, parce que dans la société coopérative, l'action est nominative ⁽¹⁾. »

Nous ne croyons pourtant pas que si les actions d'une société anonyme restaient nominatives, l'article 1 de la loi de 1867 ne s'y appliquerait pas. Cet article est général, il ne fait pas distinction et dit *que les actions dans une société en commandite par actions et dans une société anonyme*, etc.; donc que les actions restent toujours nominatives, ou qu'elles se transforment en actions au porteur, elles devront être de 100 francs quand le capital social ne dépassera pas 200,000 francs, et de 500 francs quand il sera supérieur. Cela ressort aussi de la discussion au Corps législatif et du rejet d'une proposition tendant à ce qu'il fût permis aux fondateurs de faire des coupures au-dessous de 100 francs, des actions qui resteraient nominatives.

51. Ce n'est évidemment qu'en tenant compte du *quantum* du capital social au commencement de la société, qu'il faut voir si on a obéi à l'article 1. Si par exemple une société d'un capital social d'un million a émis des actions de 500 francs et que pendant les opérations sociales, ces actions baissent et arrivent à 300 francs, l'émission a été régulière. Au contraire si on a divisé le capital social qui est d'un million en coupures

(1) Tripier, t. I, p. 396 et suiv.

de 100 francs et que la société faisant de mauvaises affaires, son capital soit réduit à 150,000 par exemple, l'émission malgré cet événement a été irrégulière et la loi violée.

52. Le minimum imposé par la loi n'est pas applicable aux *actions de jouissance*. Ces actions donnent droit aux bénéfices que fera la société, mais point de part dans sa liquidation. Les actions de jouissance peuvent donc sans grand danger, être au-dessous de 100 francs même pour un capital supérieur à 200,000. En voici la raison très bien indiquée par M. Pont :

« Sans doute la pensée de la loi, a été de mettre obstacle à l'agiotage et surtout de protéger les petits capitaux contre les dangers de la spéculation à laquelle ils étaient sollicités par l'offre de coupures infimes. Mais est-ce que ces motifs trouvent ici leur application? Pense-t-on sérieusement que l'agiotage et la spéculation soient bien tentés par des titres aussi ouvertement aléatoires que les actions de jouissance? Et croit-on que le petit capitaliste se laissera facilement aller à livrer son pécule pour une action qui n'ayant droit qu'à une part proportionnelle de bénéfices ne lui donnera rien en retour du capital qu'il aura aliéné, si des bénéfices ne sont pas réalisés par la société. Évidemment les inconvénients et les dangers ne sont dans aucune mesure pour les actions de jouissance ce qu'ils sont pour les actions ordinaires. Le législateur n'avait donc pas à étendre ses prévisions ⁽¹⁾. »

La loi n'en ayant rien dit et les abus n'étant pas à redouter, nous sommes amené à dire avec M. Alauzet,

(1) *Op. cit.*, p. 44.

que : « si le législateur s'en est préoccupé, il a eu tort de n'en rien laisser paraître. En cas de doute, il faut se décider pour la liberté. L'action remboursée (l'action de jouissance n'est rien autre chose) n'aurait plus la valeur en aucun cas de l'action émise au taux le plus bas autorisé par la loi ⁽¹⁾. » Nous concluons donc que l'article 1 ne concerne pas les actions de jouissance.

53. L'action. — Nous parlons de l'action, sans avoir dit ce que nous entendons par ce mot. En allant au fond des choses, on peut dire sans risquer de se tromper, que l'action c'est un intérêt. Cet intérêt ne change pas de nom dans une société en commandite ou en nom collectif; mais il devient action dans une société anonyme. De même que dans une société en nom collectif, l'intérêt de l'associé est la part à laquelle il a droit dans la société, part qui est une fraction dont le numérateur est un et le dénominateur le nombre des associés, ainsi dans la société anonyme, l'action c'est la part d'un associé, part qui est une fraction dont le numérateur est un ou un autre nombre — selon que l'associé a une ou plusieurs actions — et dont le dénominateur est le nombre total des actions qui composent le capital social. Que ce soit donc une action ou un intérêt, l'une ou l'autre indique pour combien une personne est intéressée dans une société.

54. Pour Renaud ⁽²⁾, l'action a trois significations différentes :

(1) V. M. Alauzet, *Des sociétés*, t. II, p. 458; dans le même sens MM. Rivière, *op. cit.*, p. 31 et Bédarride, *L. de 1867 sur les sociétés*, p. 57.

(2) V. Renaud A., *das Recht der Actiengesellschaften*.

1° L'action est une part certaine du capital social qui est divisé en un nombre de parts (*Die Actie ist ein bestimmter Theil des in eine Anzahl Theile zerlegten Grundcapitals einer Gesellschaft*).

2° L'action est le droit d'associé, proportionné à la fraction du capital social, acquis par le paiement de cette fraction déterminée ou par la promesse de la payer (*Das Actienrecht ist das durch Uebernahme — Versprechen oder Zahlung — eines bestimmten Theils des Grundcapitals eines Vereins (eine Actie in diesem Sinne) nach Massgabe eben dieses Theils erworbene Vereinsmitgliedschaftsrecht*).

3° L'action est le document servant de preuve au droit de l'associé d'une société par actions (*Die Actie (Document) ist eine Beweisurkunde für das durch Uebernahme eines Theils des Grundcapitals erworbene (Vereinsmitgliedschaftsrecht) oder eine Urkunde über die Theilhaberschaft am Actienvereine*).

L'action — dit-on encore — est le droit de l'associé dans la chose sociale ⁽¹⁾; ou bien les actions ne sont que les diverses fractions d'intérêts qui composent le capital social, et l'actionnaire est propriétaire d'une ou plusieurs de ces actions ⁽²⁾.

Nous croyons quant à nous, que l'action peut avoir deux significations :

1° L'action est la part de l'associé d'une société anonyme.

2° L'action est encore le titre qui sert de preuve au droit de l'associé d'une société anonyme. Nous n'avons pas besoin de montrer que ces deux significations trou-

(1) V. Delangle, *Des sociétés commerciales*.

(2) V. Dalloz, *Action*.

vent aussi leur application dans la société en commandite par actions.

55. Nous pouvons dire que l'action est un intérêt, mais l'intérêt n'est pas une action. Il y a donc une différence entre ces deux expressions, et quelle est-elle cette différence? La loi ne nous la donne pas, elle existe pourtant et elle est très grande; en voilà une preuve : la commandite simple ou par intérêt, est régie par le droit commun, la commandite par actions par la loi de 1867 ⁽¹⁾. Il faut donc chercher cette différence que le législateur n'a pas indiquée et qu'il nous laisse deviner. Comme toujours quand un texte de loi n'est pas clair, de nombreux systèmes se sont fait jour.

On a dit qu'il y a intérêt quand, l'associé est tenu personnellement et action quand il n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise ⁽²⁾. Cette explication n'est pas satisfaisante, car, comme on l'a déjà fait observer, la part du commanditaire dans la société est un intérêt, et pourtant il n'est tenu que jusqu'à concurrence de son apport. Et, à l'inverse, il y a en Allemagne les sociétés coopératives, dont les associés sont tenus personnellement et solidairement ⁽³⁾, bien que ce soient des sociétés par actions.

Dans une autre opinion, c'est le mode de transmission des parts d'associés qui permet de distinguer si l'on est en présence d'un intérêt ou d'une action; si la part d'associé peut être transmise par tradition ou par une déclaration de transfert sur le registre de la so-

(1) V. MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 180.

(2) Demolombe, t. IX, n. 441; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Cours de Code civil*, II, p. 23.

(3) V. MM. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, note 3.

ciété, c'est une action ; dans le cas contraire, c'est un intérêt ⁽¹⁾. Ce n'est pas un bon criterium ; car, disent MM. Lyon-Caen et Renault, « ces formes peuvent être efficacement employées pour la transmission des droits de toute nature, dès l'instant que le titre qui les constate est nominatif, à ordre ou au porteur. » Ce qui veut dire que la négociabilité du titre ne peut pas nous servir à distinguer un intérêt d'une action, d'autant plus que d'après certaines lois commerciales, il y a des intérêts qui sont négociables, et la négociabilité des actions n'est pas possible sans que ces dernières perdent leur qualité d'actions ⁽²⁾.

56. D'après une dernière opinion, « lorsque, dans une société qui se fonde, le capital à fournir est divisé en portions déterminées à une somme fixe, pour lesquelles il est fait appel à tous, l'intérêt que chacun acquerra en fournissant une de ces portions, prend le nom d'actions ⁽³⁾. Ce système n'est pas non plus exact. La plupart du temps les actions sont égales, mais il se pourrait très bien qu'elles ne le fussent pas avec la faculté que le gouvernement, dans la discussion de la loi de 1867, a laissée aux sociétés de diviser leur capital en actions inégales.

L'opinion à laquelle nous nous rangeons, est celle qui s'attache à la cessibilité.

Les parts d'associés, quand elles sont normalement négociables d'après les statuts, alors ce sont des actions ; dans le cas contraire, ce sont des intérêts.

(1) V. M. Vavasseur, *Des sociétés par actions*, nos 6 et suiv.

(2) V. article 91, al. 3 C. com., modifié par la loi du 29 mai 1863, et l'art. 25 de la loi du 5 juin 1850.

(3) V. Demante, *Cours analytique de Code civil*, 2^e édit., II, p. 382.

Et « il suffit — dit M. Boistel — que la négociabilité des actions soit posée en principe par les statuts, les titres n'en seraient pas moins des actions, lors même, qu'exceptionnellement et transitoirement la négociabilité ou certains modes de négociabilité seraient exclus, si cette négociabilité est la règle, le desideratum auquel on doit arriver ou revenir⁽¹⁾. » Ce serait donc la mission du juge de vérifier si la négociabilité a été admise par les statuts en règle générale, ou si elle n'a été admise que comme exception⁽²⁾.

Le même système est enseigné par MM. Lyon-Caen et Renault : « Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il y a lieu de rechercher si la cession des parts d'associés a été considérée comme quelque chose d'exceptionnel ou, au contraire, comme un acte normal et ordinaire. Dans le premier cas, ce sont des intérêts; dans le second, des actions⁽³⁾. »

57. Les droits des actionnaires. — Ayant vu ce que c'est qu'une action, examinons rapidement quels sont les droits qu'elle confère, et quelles sont les obligations qu'elle impose à celui qui la possède.

Les droits de l'actionnaire sont au nombre de quatre :

1° Droit à la répartition des bénéfices de la société; sa part dans ces bénéfices sera proportionnelle au nombre de ses actions; habituellement on l'appelle dividende.

2° Le droit de prendre part à l'assemblée générale

(1) V. *op. cit.*, p. 163.

(2) M. Rataud à son cours.

(3) V. *op. cit.*, *loc. cit.*; dans le même sens, Cass., 29 décembre 1868; D. 1869.1.73.

et d'y voter. Quelquefois, assez souvent même, on exige pour que l'actionnaire puisse voter dans l'Assemblée, qu'il soit propriétaire d'un certain nombre d'actions; cela a sa raison d'être, car il y a des sociétés dont le nombre des actionnaires est considérable. Parfois aussi, on confère à l'actionnaire un nombre de voix proportionnel au nombre de ses actions et, le plus souvent, les statuts contiennent une clause limitative de ce maximum.

3° Un droit futur de participer au partage du fonds social à la dissolution de la société.

4° Enfin, le droit de céder sa part à d'autres personnes.

Les dividendes distribués sont acquis aux actionnaires même si plus tard la société éprouve des pertes. Il est désirable et très prudent qu'une société, qui aurait été contrainte, par suite de mauvaises affaires, d'entamer son capital, employât à le reconstituer les bénéfices qu'elle ferait par la suite au lieu de les distribuer en dividendes. Il est très possible d'autre part, qu'une société distribue des dividendes tout en n'ayant pas fait de bénéfices; mais dans ce cas les dividendes sont pris sur la réserve qu'on a eu la prudence de former, sinon ce sont des *dividendes fictifs*.

58. Coupons intérêt, coupons dividende. — Les sociétés peuvent distribuer à leurs actionnaires, deux sortes de coupons : des coupons d'intérêt et des coupons de dividende. Qu'est-ce qu'on entend par coupon intérêt? Au premier abord, il serait difficile d'admettre que les actionnaires eussent droit à un intérêt, alors qu'ils ne sont pas les prêteurs de la société; c'est vrai, mais des considérations d'utilité, conseillent

à la société de servir des intérêts à ses actionnaires.

Il arrive bien souvent, et nous pourrions dire toujours, qu'une société dans ses premières années se trouve dans l'impossibilité de faire des bénéfices, et de servir des dividendes à ses actionnaires. Cette perspective n'attirerait pas les souscripteurs, et personne ne voudrait placer son argent et le condamner à ne rien produire pendant un certain temps, et fatalement le capital social serait difficilement souscrit. On a alors imaginé de contenter les actionnaires dès le début de la société en leur servant l'intérêt des sommes par eux versées. Bien plus, il y a des sociétés dont les statuts décident que même pendant que la société est en cours, si elle ne fait pas de bénéfices, les actionnaires auront au moins l'intérêt des sommes par eux versées. Quelquefois même, on stipule qu'une somme prise sur le capital, sera déposée à la Banque pour garantir les intérêts. Au fond, ce n'est qu'une restitution du capital social, peut-être au grand détriment de l'entreprise; « en tout cas c'est une duperie pour les tiers qui ont compté sur le capital nominal, et voient leur gage anéanti partiellement ⁽¹⁾. » Cet usage ne devrait pas être toléré. Mais la Cour de cassation l'a approuvé avec des restrictions; notre éminent maître M. Rataud l'admet aussi avec les mêmes restrictions, qui sont les suivantes :

1° Il faut qu'il y ait une clause formelle dans les statuts;

2° Il est strictement nécessaire que cette clause soit publiée, car son application entraîne une diminution

(1) V. M. Boistel, *op. cit.*, p. 171.

du capital social. Cette deuxième condition n'est pas exigée par la Cour de cassation ⁽¹⁾;

3° On appliquera la clause, tant qu'il n'y aura pas trop de danger pour les créanciers, mais le jour où le passif égalera l'actif, ce prélèvement n'aura plus lieu.

59. Le coupon intérêt représente l'intérêt normal des sommes versées par chaque actionnaire. Le coupon dividende, comme son nom l'indique, donne droit à une part dans les bénéfices de la société. Le coupon intérêt est fixe, un tant 0/0; le coupon dividende est variable, il varie avec les bénéfices que fait la société. Il peut se faire, qu'il y ait des actionnaires qui aient droit aux deux coupons et d'autres qui n'aient droit qu'à un seul.

Souvent la société si elle marche bien, amortit, rembourse ses actions; mais, comme ceux qui les possèdent ont contribué à la fondation de la société, l'ont aidée aux moments difficiles, il serait inique, en les remboursant, de les rendre étrangers à la société. Pour éviter cette iniquité, on donne aux actionnaires remboursés des actions de jouissance aux dividendes, qui ne donnent pas droit au partage du capital social à la dissolution de la société; à moins que toutes les actions n'aient été remboursées. De plus, les actions de jouissance ne donnent pas droit au coupon intérêt, car celui-ci est destiné à rémunérer le capital, qui ici est remboursé.

L'amortissement des actions se fait au moyen du tirage au sort. Supposons qu'il y ait des actions amorties et que les années suivantes, la société fasse des pertes;

(1) M. Rataud à son cours; Cass., V. S., 1878, II, p. 223, avec une savante note de M. Labbé.

les créanciers de la société, peuvent-ils se tourner contre les actionnaires remboursés et les en rendre responsables jusqu'à concurrence de leurs mises? Ce serait une prétention absurde, les sommes qui ont servi à l'amortissement ayant été prises sur les bénéfices et non pas sur le capital, seul gage des créanciers ⁽¹⁾.

60. D'après le mode dont elles ont été couvertes, les actions se divisent en : *actions de capital*, *actions de fondation* et *actions industrielles*. Les actions de capital sont celles qui ont été payées en argent; les actions de fondation sont celles qui ont servi à payer les apports en nature; et les actions industrielles sont celles attribuées aux associés qui ont fait des apports en industrie. — Les deux premières catégories d'actions, donnent droit aux dividendes et au capital social à la dissolution de la société, la troisième ne donne droit qu'aux dividendes mais point à fraction du capital social, à moins de clause contraire ⁽²⁾.

61. *Les devoirs des actionnaires.* — Les actionnaires doivent verser leurs mises à l'époque fixée. Au cas où ils ne se soumettraient pas à cette obligation, on pourrait vendre leurs actions et, avec les prix qui en résulteraient, payer la société. La clause de vente des actions non payées n'est insérée dans les statuts, que dans l'intérêt de la société, et l'actionnaire ne peut pas s'en prévaloir. La société aura donc le choix : ou bien elle poursuivra l'actionnaire en paiement de sa mise, ou bien elle vendra son action et elle s'en attribuera le prix.

L'actionnaire récalcitrant étant obligé envers la so-

(1) M. Rataud à son cours.

(2) V. MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 184.

ciété, les créanciers de celle-ci peuvent-ils le poursuivre? Il n'y a pas de doute possible, les créanciers de la société peuvent exercer avec succès l'action de leur débitrice en vertu de l'article 1166 du Code civil. Mais faut-il aller plus loin et accorder aux créanciers une action directe? Controverse. Un premier système ne donne pas aux créanciers d'autre action que l'action oblique; car, dit-on, l'actionnaire n'est que l'obligé de la société, et les créanciers de celle-ci n'ayant pas de droits qui leur soient propres, ne peuvent atteindre l'actionnaire qui leur est étranger, qu'en le poursuivant au nom de la société.

La jurisprudence est d'une opinion contraire. Les créanciers, dit-elle, ont une action à eux propre, car les actionnaires ont donné mandat aux administrateurs de la société de les obliger envers les créanciers; il y a eu une promesse publique faite aux créanciers résultant de la publication de la société dans les journaux ⁽¹⁾. L'intérêt de la question était le suivant : si l'action est oblique, il y aura arbitrage forcé; rien de tel si l'action est directe. La loi qui a aboli l'arbitrage forcé a supprimé cet intérêt ⁽²⁾.

62. L'obligation de l'actionnaire est-elle civile ou commerciale? On pourrait soutenir qu'elle est civile, l'actionnaire ne faisant autre chose que placer son argent; mais on est presque d'accord pour le considérer comme obligé commercialement, à cause du caractère commercial de l'entreprise à laquelle il est intéressé ⁽³⁾.

(1) V. plusieurs arrêts dans S., 1879, II, 33; 1882.1.81.

(2) M. Rataud à son cours.

(3) V. une importante note de M. Lyon-Caen dans S., 1885, II, p. 99; M. Rataud à son cours.

Quelle est la nature de l'action? Est-ce un droit de créance ou un droit de propriété? L'un et l'autre. *Durante societate*, on a un droit de créance, on est créancier de dividendes; *dissolutâ societate*, on a un droit de propriété, le fonds social est la propriété indivise de tous les actionnaires, et chacun d'eux est propriétaire par indivis du fonds social.

SECTION II.

63. Souscription du capital intégral. — Le capital social est bien évidemment la condition *sine quâ non* de l'existence d'une société anonyme, comme de toute société quelconque. Il faut donc qu'on soit sûr, qu'on aura le capital tel qu'il a été fixé dans les statuts. Cette assurance, en dehors du cas où elle serait fournie par les fondateurs seuls, ne peut être acquise que par l'engagement des capitalistes, au moyen de souscriptions, de verser tout le capital social. C'est dans cette intention, que la loi de 1867, à l'imitation de la loi de 1856, exige que le capital social soit entièrement souscrit. Cela paraît tellement naturel, que même si la loi n'avait pas contenu cette exigence, on aurait dû s'y soumettre. Dans le silence de la loi on aurait dit peut-être, qu'on espérait avoir tel capital et l'on aurait constitué la société avec l'espoir de le réunir. Mais la loi ne veut pas d'incertitude, elle désire, elle exige que la base matérielle soit solide et que l'édifice société, ne soit pas construit sur le sable.

L'exigence de la loi a encore pour but de mettre fin

à une espèce de fraude, qui était assez répandue et qui consistait en ce que les fondateurs, constituaient la société même quand, le capital social n'était que partiellement souscrit; les souscripteurs n'étaient la plupart du temps, que des hommes de paille à qui manquaient et la volonté et les moyens de payer les actions dont ils se prétendaient les sérieux possesseurs. De cette façon, il s'en fallait et même de beaucoup, que le commencement de la société fût brillant et qu'il appelât de nouveaux souscripteurs. Pour attirer de nouveaux actionnaires, les fondateurs distribuaient aux anciens de gros dividendes, qui étaient fictifs vu qu'ils étaient pris sur le capital social; de cette manière on pouvait facilement placer les actions, même avec des bénéfices, dont la réalisation, seul mobile des fondateurs, entraînait bientôt la ruine de la société ⁽¹⁾.

Les fondateurs ont toute liberté, de fixer le capital social au chiffre qui leur semble indispensable pour faire marcher l'entreprise; le législateur d'autre part, a eu grandement raison d'ordonner que ce capital entier fût à la disposition des gérants, au moins à l'état de promesse, avant de rien tenter. « Vous avez déclaré que tel capital vous était nécessaire pour marcher; je vous défends de constituer votre société avant que ce capital soit souscrit en totalité ⁽²⁾. »

64. La souscription du capital intégral, satisfait un triple intérêt, ainsi que le fait remarquer M. Beudant :

« Par cette sage prescription — dit-il — la loi protège efficacement le triple intérêt des fondateurs, des

(1) V. Bédarride, *La loi de 1867*, p. 59.

(2) Discours du rapporteur M. Langlois au Corps législatif, séance du 30 juin 1856.

actionnaires et de la société elle-même : l'intérêt des fondateurs, en les mettant dans l'impossibilité de céder à la tentation de commencer trop tôt les opérations; l'intérêt des actionnaires en leur garantissant à celui qui souscrit le premier, comme à celui qui souscrit le dernier que leurs fonds ne seront pas employés qu'avec tous les autres et au même titre, et que leur engagement est subordonné à ce que la société réalisera tout le capital annoncé; enfin l'intérêt de la société elle-même, en lui évitant qu'une précipitation trop hâtive ne compromette son avenir ⁽¹⁾. »

65. Rien ne doit être incertain dans la souscription du capital social. La souscription doit être complète, définitive et irrévocable; s'il en est autrement, la société ne peut pas être constituée; la souscription étant nulle, faute que le capital social soit intégralement souscrit, la société est nulle, elle aussi.

La souscription doit être sérieuse et si les souscripteurs primitifs sont des gens complaisants, quand même ils devraient plus tard être remplacés par des souscripteurs sérieux, la constitution de la société ne peut pas avoir lieu ⁽²⁾.

Il faut décider encore que les souscriptions conditionnelles ne sont pas valables, car elles vont à l'encontre de la disposition légale. Un engagement conditionnel peut disparaître par suite de l'inaccomplissement de la condition, et la loi ne veut pas, quand il s'agit du capital social, de cette incertitude; elle tient à ce que l'engagement du souscripteur soit ferme et

(1) V. *Revue critique*, t. XXXVI, p. 114.

(2) V. ar. Aix, 16 mai 1860, S. 1860, II, 439; Cas., 24 août 1861, D. 1861.1.428.

que son exécution ne dépende pas d'un événement futur et incertain.

La loi défend encore les actions à prime; ce sont des actions attribuées à des personnes qui auraient rendu quelques services à la société à ses débuts. Si les actions sont prises sur le capital social, les personnes auxquelles elles sont attribuées, n'étant tenues d'aucun versement, la loi se trouve violée. Mais si le capital social est émis entièrement, il est permis de dire dans les statuts, qu'un certain nombre d'actions non soumises à l'émission, seront attribuées à certaines personnes ⁽¹⁾.

66. Il pourrait se faire que le capital social tel qu'il a été fixé dans les statuts, ne pût pas être entièrement souscrit, et dans ce cas, une des premières conditions posées par la loi n'étant pas remplie, la constitution de la société devient impossible. L'unanimité des actionnaires pourrait pourtant décider que la société sera constituée tout de même, et qu'elle n'aura comme capital social que ce qui a été souscrit. Mais cette unanimité s'obtient assez difficilement, et il suffit qu'un des actionnaires soit hostile pour que la constitution de la société soit impossible. Cette situation serait simplifiée, si une clause dans les statuts prévoyait le cas et décidait que le capital social pourrait, par le vote de la simple majorité des actionnaires, être réduit à ce qui a été souscrit ⁽²⁾.

Une autre hypothèse pourrait également se présenter. Supposons que le capital social soit entièrement souscrit, mais qu'on ne puisse pas, à cause de son

(1) V. MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 240.

(2) V. M. Boistel, *op. cit.*, p. 183.

insuffisance, faire face aux besoins de la société; que faire alors? Il eût été sage de le fixer dès le début à un chiffre supérieur à celui qu'on croyait suffisant; ne l'a-t-on pas fait, il faut l'augmenter quand son insuffisance est constatée. L'augmenter quand les statuts n'en ont rien dit est difficile, car il faut le vote conforme de l'unanimité des actionnaires. Le moyen le plus simple, encore une fois, c'est de prévoir l'hypothèse dans les statuts, et qu'une clause y insérée dispose, que l'augmentation aura lieu par un vote conforme de la simple majorité des actionnaires.

67. *Le versement du quart.* — Imposer aux fondateurs l'obligation d'avoir le capital social entièrement souscrit, ne suffisait pas à empêcher les fraudes de se produire. Des hommes de paille pouvaient encore faire profiter les fondateurs de leur complaisance. Il n'était plus aussi facile, mais il était toujours possible de trouver des gens insolvable qui souscrivissent tout le capital social, pour prétendre ensuite que la condition exigée par la loi était accomplie. Le législateur de 1856 et de 1867, n'a pas voulu laisser son œuvre incomplète; après avoir exigé que le capital social fût entièrement souscrit, il a voulu *que le quart de chaque action fût versé*. Par cette dernière mesure, il a atteint un double résultat : d'abord, en forçant chaque actionnaire à verser le quart de chaque action, au lieu de laisser l'obligation du souscripteur à l'état de simple promesse, il en a fait une obligation exécutée en partie; en deuxième lieu, il a écarté les actionnaires de complaisance en les remplaçant par des actionnaires sérieux.

Le versement du quart a éloigné de la société la bande d'exploiteurs de chance, qu'on appelle coureurs

de primes. Forcer les souscripteurs à verser le quart, c'est leur enlever l'espoir d'être les bénéficiaires de l'entreprise, sans que sa ruine leur causât le moindre préjudice. Car, est-il besoin de le dire, livrés à eux-mêmes, ils se seraient bien gardés de réaliser le versement de leurs actions si la société avait périclité; et avec quelle emphase ils se seraient dits associés si la société avait, par miracle, une situation prospère. Leur calcul est déçu par l'obligation à laquelle ils sont astreints.

En outre, en exigeant que le quart de chaque action soit versé, la loi met à la disposition de la société le quart du capital social et lui donne le moyen de faire les opérations que nécessite son début.

68. On se demande néanmoins, pourquoi la loi n'a pas exigé que le montant total de l'action fût versé; cela n'aurait-il pas été plus sérieux? Nous pensons quant à nous, que le quart est bien suffisant, l'actionnaire qui le verse ne peut être qu'un actionnaire sérieux. Demander le montant entier de l'action, voire même la moitié, ce serait exagéré; de même que demander le vingtième comme le fait la loi belge, serait de l'exagération en sens contraire. Le moyen terme adopté par la loi française est meilleur; elle fixe un chiffre accessible même aux petites bourses, tout en conservant à l'action une valeur sérieuse. D'un autre côté, donner à la société dès son commencement tout le capital ou même la moitié, ce serait lui donner plus qu'il ne lui en faut pour faire les opérations préliminaires. Bien plus, on lui ferait tort, comme le croit très justement M. Bédarride :

« ... Exiger le versement intégral de la mise — dit

ce savant auteur — c'était lui donner au delà de ce dont elle a réellement besoin, immobiliser dans sa caisse une partie notable de son capital. Or, en commerce on meurt du trop plein autant que du vide de la caisse, le désir d'utiliser ce trop plein donnant lieu à des entreprises téméraires, hasardeuses, déterminant le plus souvent la perte non seulement de l'intérêt recherché, mais encore du capital lui-même.

« On ne peut qu'applaudir à la détermination du législateur. Le versement du quart évite le danger que nous venons d'indiquer, et tout en garantissant la sincérité des souscriptions, met la société à même de satisfaire tout ce qu'exigent les premières opérations ⁽¹⁾. »

M. Langlois ne disait pas autre chose dans son rapport, en y ajoutant les considérations suivantes : « ... d'un côté, on rendrait la formation des sociétés trop difficile et, d'autre part, ce paiement anticipé serait une perte réelle pour la circulation et la production et aurait pour conséquence d'accumuler dans la caisse d'une compagnie, des fonds dont elle n'aurait pas toujours un emploi immédiat ⁽²⁾. »

69. Pour satisfaire à la loi, il faut que le quart du *capital en numéraire* soit versé; ce qui veut dire que les actions attribuées aux associés apporteurs n'ont pas besoin d'aucun versement préalable. M. Boistel est d'avis que les actions correspondantes aux apports en nature, suivent la même règle que le capital en numéraire :

« Faut-il exiger du moins que ces apports — dit ce

(1) V. M. Bédarride, *op. cit.*, p. 60.

(2) V. le rapport sur la loi de 1836.

savant auteur — soient réalisés pour le quart au moins avant la constitution de la société? Oui, à notre avis, si les apports sont comptés dans le capital social et représentés par des actions (actions de fondation, actions industrielles). Cela du moins dans la mesure où cette réalisation est possible; en général, les apports auxquels répondent les actions de fondation seront réalisés immédiatement dans leur totalité; au contraire, l'apport en industrie ne pourra l'être, que petit à petit au cours de la société ⁽¹⁾. »

Suivant nous, il faut que les statuts indiquent clairement ce que doivent verser les associés apporteurs auxquels des actions sont attribuées sans pouvoir les dispenser d'un versement du quart au moins; et si les statuts n'en ont rien dit, les apports réalisables immédiatement doivent être réalisés en entier au moment où ils ont été promis et ont été payés en actions. Cela ne pourrait se produire que si la promesse d'apport faite par l'associé était une promesse pure et simple; mais en matière de société anonyme, la promesse n'est que conditionnelle. L'associé apporteur ne transmet à la société la propriété de son bien que sous condition; cette condition c'est, la vérification et l'approbation de l'apport par l'assemblée générale.

La société devenant conditionnellement propriétaire de l'apport, si la condition s'accomplit, elle est censée en avoir été propriétaire du moment même où l'apport a été promis. C'est donc dans cette propriété rétroactive, que consistera la libération intégrale des actions attribuées aux apporteurs.

(1) V. *op. cit.*, p. 183.

Les actions industrielles ne peuvent être versées préalablement. La société est donc exposée à un certain préjudice, que lui causerait le refus des industriels associés de prêter à la société le concours sur lequel elle avait compté. Toucher des bénéfices, ne rien faire pour les mériter, c'est une situation très bonne pour les apporteurs, mais très préjudiciable à la société. Dans cette crainte, on a pris l'habitude de garder les actions industrielles dans la caisse de la société, pour qu'elles servissent de garantie contre le mauvais vouloir des actionnaires n'ayant apporté que leur industrie ⁽¹⁾.

70. La loi, dans son article 1^{er}, alinéa 2, parle du capital social fixé par les fondateurs, et veut qu'il soit entièrement souscrit et le quart sur chaque action versé; que faut-il décider de l'augmentation du capital social survenue pendant les opérations de la société? — Voici l'espèce que nous supposons : la société est en cours d'opérations, son capital ne lui suffit pas et l'assemblée des actionnaires se conformant aux statuts, vote l'augmentation; il y a une nouvelle émission d'actions; faut-il se conformer, pour cette émission, à la règle posée par l'article 1^{er}, alin. 2? Nous ne le croyons pas. Nous savons que le but de la loi a été de prévenir les fraudes, de les paralyser; or, quelles fraudes aurions-nous à craindre dans l'espèce que nous examinons? De la part des fondateurs, elles sont impossibles, puisque c'est l'assemblée des actionnaires qui vote l'augmentation du capital social, et on ne peut pas supposer qu'une centaine d'actionnaires aient émis

(1) V. M. Rivière, *Com. de la loi du 24 juillet 1867*, p. 36.

ce vote seulement pour tromper les nouveaux actionnaires qui, la plupart du temps, se confondent avec les anciens. D'autre part, on n'a pas un besoin pressant de capitaux comme au début de la société et, puisque les fraudes sont impossibles, nous nous demandons pourquoi ne permettrait-on pas à l'assemblée des actionnaires de disposer que les nouvelles actions seraient versées, les unes en partie, les autres en totalité, ou qu'elles seraient toutes versées plus tard? La seule objection qu'on pourrait nous faire est que, *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*; la loi ne fait pas de distinction entre le capital social fixé par les fondateurs, et le capital augmenté par les actionnaires. C'est très facile de répondre à cette objection, nous prétendons que l'espèce qui nous occupe, n'est pas entrée dans les prévisions du législateur. En 1867, on ne s'est occupé que d'une chose : détruire la fraude; et comme les fraudes se produisaient à l'occasion de la constitution des sociétés anonymes, c'est la constitution de ces sociétés qu'on a voulu réglementer avec tant de sévérité; pour ce que ferait la société une fois légalement constituée, le législateur n'a pas eu à s'en occuper, et il a laissé tout son empire au principe de la liberté des conventions. Il a eu raison, car il devait proscrire « ces sociétés factices, mort-nées, appelant avec fracas un capital considérable, puis se constituant hâtivement avec une somme insignifiante, pour ne laisser que des ruines quelques mois après. » Mais on n'a rien à craindre de tel d'une société en marche; et ne serait-ce pas lui créer des entraves inutiles et souvent funestes que de l'obliger à n'user du capital supplémentaire que s'il était intégralement souscrit? Il

n'y a pas, heureusement, dans la loi de dispositions restrictives sur ce point, laissons donc agir la liberté naturelle des conventions⁽¹⁾.

71. Notre opinion a pour elle l'autorité de M. Pont :

« Au point de vue des garanties qui nous occupent, dit ce jurisconsulte, il y a nécessité de distinguer entre le capital de fondation d'une société qui veut naître et se constituer, et le capital complémentaire d'une société qui, déjà constituée légalement, a besoin d'un supplément de fonds. La situation est essentiellement différente entre les deux; et l'on n'a pas de peine à comprendre que le législateur, en instituant ces garanties, n'ait songé qu'à la première. Le rapporteur de la commission du Corps législatif en 1856, en a donné, d'ailleurs, la raison décisive : « la loi, a-t-il dit, se propose de diminuer l'agiotage, de constituer des sociétés sérieuses; or, c'est surtout à l'origine des sociétés qu'il faut saisir l'agiotage, car c'est alors que le charlatanisme agit avec succès. On est encore dans l'inconnu, dans la période des illusions et des entraînements; plus tard le capital sera versé, l'entreprise aura marché; on en saura le produit. » Voilà bien la raison de décider. »

Les arguments de M. Pont sont tout aussi brillants que convaincants, et nous les reproduirions tous si nous ne craignions pas d'abuser du système de citer trop souvent les auteurs. Au risque de trop citer, nous croyons devoir reproduire l'argument suivant, que les partisans de l'opinion contraire, et ils sont nombreux, n'ont pas contredit :

(1) V. M. Vavasseur, *Des sociétés*, n° 40.

« la société qui est définitivement constituée par l'exact accomplissement des conditions auxquelles sa constitution était subordonnée, c'est tout autre chose; celle-là est sortie de la période des illusions et des entraînements; elle a fonctionné, elle est connue par les actes qu'elle a accomplis, par les opérations qu'elle a faites; elle a marché; elle a fait ses preuves enfin; et si, autorisée par ses statuts à augmenter son capital, elle juge nécessaire de faire une émission d'actions nouvelles, il n'y a aucune raison d'exiger que ce capital auquel elle fait maintenant appel, soit constitué dans les mêmes conditions que le capital originaire⁽¹⁾. »

72. En quoi doit consister le versement? en numéraire sans doute, mais pourrait-il être fait autrement qu'en espèces? La loi n'ayant rien dit sur ce point, on pourrait soumettre le versement des actions à la règle générale des paiements; et d'après le droit commun (*a contrario* de l'article 1243, C. civ.), on peut donner en paiement d'une dette une chose quelconque.

Des considérations particulières, ont décidé la doctrine et la jurisprudence à n'admettre que des paiements effectifs. Le versement du quart a été exigé en vue de prévenir l'abus de sociétés qui avaient à leurs débuts des ressources insuffisantes, voire même illusoires; le versement du quart procure à la société l'argent impérieusement nécessaire à sa mise en activité; pour ces motifs, il ne peut être effectué qu'en argent.

(1) V. M. Pont, *Sociétés commerciales*, p. 54. L'opinion contraire est soutenue par MM. Alauzet, *Des sociétés*, p. 466; Beudant, *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 121; Rivière, *op. cit.*, p. 34; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 214; Dalloz, *Sociétés*, n° 1183; Boistel, *op. cit.*, p. 184. — Cass. Req., 5 novembre 1879, D. 1880.1.126.

Les titres ou les valeurs de portefeuille, ne feraient pas avoir tout de suite à la société l'argent dont elle a tant besoin, leur échéance n'est peut-être pas proche, on peut se voir exposé à leur refus; d'où des frais occasionnés par des protêts, comptes de retour, etc.

De même, il pourrait arriver que les effets donnés en paiement du quart dû, ne fussent que des effets de complaisance, les signataires étant depuis longtemps insolvables; et « la loi qui voulait proscrire les fraudes dont la fréquence avait éveillé sa sollicitude, ne pouvait laisser une porte ouverte à celle que nous relevons. Il faut en conclure, que le versement qu'elle exige est celui qui en prévient même la possibilité, c'est-à-dire le versement en argent⁽¹⁾. »

Dans une espèce jugée par la Cour de cassation, il s'agissait de versements effectués en : factures et mémoires acquittés, de travaux exécutés et de fournitures faites pour le compte de la société, et on prétendait faire imputer ces avances, jusqu'à due concurrence, sur le quart des actions souscrites par les fournisseurs. Ceux-ci voulaient que leurs avances fussent compensées avec ce qu'ils devaient à la société comme premier versement. Leur prétention fut repoussée vu que la compensation ne pouvait pas avoir lieu, leurs créances n'étant ni liquides, ni exigibles et qu'elles avaient pris naissance à une époque, où il est interdit au gérant d'engager le capital social en quoi que ce fût.

Rien n'empêche qu'on donne en paiement du quart des rentes, effets publics, coupons échus, qui ne sont

(1) V. M. Bédarride, *op. cit.*, p. 65 et suiv.; Cass., 11 mai 1863; MM. Rivière, *op. cit.*, p. 37; Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, p. 15; Beudant, *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 130 et suiv.

que de l'argent comptant, leur transformation en numéraire étant très facile.

73. Il faut remarquer, que le versement du quart est exigé sur chaque action prise individuellement, et non pas sur la masse totale des actions. Le but de la loi aurait été imparfaitement atteint, si on avait exigé, que le quart de la masse des actions fût versé et non pas le quart de chaque action. Dans le premier cas, on aurait eu des actions versées de moitié et même entièrement, et d'autres sur lesquelles on n'aurait rien versé. La réalisation de ces dernières aurait été incertaine, et les difficultés et les fraudes auxquelles la loi a voulu obvier auraient pu se produire.

74. *La déclaration notariée des fondateurs.* — L'alinéa 3 de l'article 1 de la loi de 1867 contient une nouvelle condition; il exige la déclaration que les prescriptions de l'alinéa précédent ont été remplies. Cette déclaration dans la société en commandite, doit être faite par les gérants; dans la société anonyme, par les fondateurs.

Qu'est-ce qu'un *fondateur*? La loi de 1863 a employé ce mot la première, la loi de 1867 l'a maintenu, dans toutes les législations on le trouve, et aucun texte législatif ne le définit; aussi les commentateurs l'expliquent chacun à sa manière. Voici ce qu'en dit M. Rivière :

« La société ne se forme point, en général par le concours simultané de tous les actionnaires, qui viennent souscrire seulement après que l'acte est rédigé. Or, ce sont ces personnes qui ont obtenu les adhésions, que l'on désigne ordinairement sous le nom de *fondateurs*. Mais pour être un véritable fondateur dans le

sens de la loi, il faut en outre être *associé*. Celui qui aurait déterminé des capitalistes à former une société à laquelle il resterait étranger, ne serait qu'un intermédiaire dont la déclaration ne mériterait aucune confiance ⁽¹⁾. »

Suivant M. Rivière, voyons-nous, pour avoir la qualité de fondateur, il faut être associé; ceux qui ne sont pas associés, ne peuvent pas être fondateurs, ils ne sont qu'intermédiaires. D'autres auteurs ⁽²⁾ laissent les tribunaux libres apprécier; ces derniers seuls peuvent, dans l'espèce qui est soumise à leur jugement, décider qui est fondateur et qui ne l'est pas.

Un arrêt de la Cour de Paris du 2 décembre 1886 ⁽³⁾, reconnaît le fondateur aux signes suivants : « le véritable fondateur d'une société anonyme, est celui qui crée l'entreprise, qui choisit la forme d'association convenable à son exploitation, qui fixe le capital de la société et en détermine la durée, rédige les statuts, réunit les capitaux, réalise en un mot l'organisation du corps social et sa mise en mouvement. » Mais ce que cet arrêt ne nous dit pas, c'est, s'il faut ou non que le fondateur soit associé.

Pour nous, les fondateurs sont ceux qui ont pris l'initiative de fonder la société, et nous concevons très bien en théorie qu'un fondateur puisse ne pas être associé. Un grand banquier, par exemple, lance une société sans se réserver aucune action, n'est-ce pas lui qui a émis l'idée de constituer la société? Pourquoi l'exempterait-on de la responsabilité qui en résulte?

(1) V. *op. cit.*, p. 238.

(2) V. entre autres M. Alauzet, *op. cit.*, p. 635.

(3) V. *Gazette des tribunaux* du 9 décembre de la même année.

En pratique, il arrivera très rarement que les fondateurs ne soient pas en même temps actionnaires ; mais le fait étant possible, s'il se présente, nous n'hésiterons pas à déclarer fondateur même un non associé ⁽¹⁾.

75. Sachant ce que sont les fondateurs, voyons ce qu'ils doivent faire. Ils doivent déclarer, dit l'article 1, alinéa 3, que tout le capital social a été souscrit et que le quart de chaque action a été versé. Cette déclaration est faite devant notaire, et elle est accompagnée :

1° De la liste des souscripteurs. Les souscripteurs doivent être connus, désignés assez clairement pour qu'on ne se trompe pas sur leur individualité ; cela dans un double but : pour que les fondateurs n'inscrivent pas sur la liste des personnes imaginaires, et pour que les souscripteurs puissent être facilement recherchés en cas de retard dans les versements ;

2° De l'état des versements qui figurent sur une liste différente ou bien sur la même qui contient les noms des souscripteurs ;

3° D'un exemplaire de l'acte de société, qui est un des deux originaux, si l'acte de société est sous seing privé ou une expédition si l'acte de société a été rédigé devant un autre notaire que celui qui reçoit la déclaration.

Dans quel intérêt, ajouter les pièces que nous venons d'énumérer, à la déclaration des fondateurs ? L'annexion de ces pièces à la déclaration des fondateurs, parfait en quelque sorte le contrat de société. L'acte de société fait par les fondateurs, n'est qu'un projet auquel adhèrent les souscripteurs par leurs souscrip-

(1) V. dans le même sens, M. de Muralt, *op. cit.*, p. 43.

tions; la réunion d'un double ou d'une expédition de l'acte social et de la liste des souscripteurs, constate la formation du contrat. Ces pièces en outre, accompagnant la déclaration qui a lieu devant notaire, acquièrent l'authenticité sans avoir besoin de faire de nouveaux frais, pour leur rédaction devant notaire ⁽¹⁾.

On a voulu que la déclaration des fondateurs eût lieu devant notaire, pour qu'elle ne pût pas être mensongère; mais elle ne devient pas la vérité même, par cela seul qu'elle est faite devant notaire. Les fondateurs peuvent déclarer ce qu'ils veulent au notaire, sans être obligés par la loi à justifier leurs dires. La sincérité de leur déclaration, n'est vérifiée que par les actionnaires réunis en assemblée; comme nous dit l'article 24, alinéa 2 :

« La déclaration imposée au gérant par l'article 1, est faite par les fondateurs de la société anonyme, elle est soumise avec les pièces à l'appui à la première assemblée générale qui en vérifie la sincérité. »

SECTION III.

Les apports en nature et les avantages particuliers.

76. Le capital d'une société anonyme, ne se compose pas seulement du numéraire. Assez souvent, des apports en nature entrent pour beaucoup dans sa composition. Dans une société de capitaux par excellence, comme est la société anonyme, le travail, une usine, un brevet d'invention et en un mot, tout ce qui peut produire des bénéfices, constitue un apport utile pour

(1) V. M. Beudant, *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 134.

la société. Ceux qui font des apports en nature, s'acquittent de l'obligation de mettre quelque chose dans la société, soit faute d'argent, soit parce qu'ils aiment mieux exécuter leur obligation autrement qu'en argent; ils apportent à la société des choses en nature dont celle-ci aura besoin et qu'il lui faudrait acheter; autant vaut — comme dit M. Beudant — que la société les reçoive de certains associés à la place de deniers. Les apports en nature donnent à ceux qui les font, les droits d'actionnaires, droits qui dérivent des actions qu'on leur attribue; ou bien sans devenir actionnaires, les apporteurs acquièrent le droit de faire un certain prélèvement sur les bénéfices de la société. Dans un cas comme dans l'autre, les apports en nature font partie du capital social.

La plupart du temps, ce sont les fondateurs qui font de pareils apports, et alors de graves abus peuvent se produire. Avant que des lois réglementassent ces apports, les fondateurs étaient maîtres de fixer le nombre d'actions représentant la valeur de leurs apports. Le plus souvent, ils estimaient les choses qu'ils apportaient bien au delà de leur valeur réelle, et le nombre des actions qu'ils s'attribuaient était fixé d'après leur estimation exagérée.

Cette évaluation mensongère, était tout aussi préjudiciable aux autres associés qu'aux tiers : les associés qui ne voyaient que les statuts et le prospectus rédigés par les fondateurs, ne pouvaient pas pénétrer les combinaisons trompeuses dont ils étaient victimes; les tiers étaient trompés, eux aussi, car on leur faisait croire à un capital social bien supérieur au capital réel.

77. Il en était de même *des avantages particuliers*.

« En principe — dit M. Mathieu — tous les associés sont placés dans des conditions rigoureusement identiques et parfaitement égales les uns vis-à-vis des autres, quant aux profits à retirer de l'association. Or, tout ce qui rompt cette règle d'équilibre, toute clause de l'acte social qui autorise l'un des associés à opérer sur le fonds commun ou sur ses produits, un prélèvement que les autres associés ne pourraient également faire, constitue un avantage particulier dans les termes de l'article 4 ⁽¹⁾. »

Les avantages particuliers, leur nom même l'indique, sont des faveurs accordées à certains associés à raison des services qu'ils ont rendus à la société à sa naissance. Ce sont des actions, en plus ou moins grand nombre, attribuées à ceux qui, par leur concours utile, contribuent à la fondation de la société. On pourrait même dire, que les avantages particuliers sont la rémunération en actions ou en autres gratifications, des services rendus à la société. On voit d'ici comment, avant qu'une loi les réglementât, les avantages particuliers étaient un instrument de fraude pour certains associés, le plus souvent les fondateurs. Ils ne manquaient pas de s'attribuer des actions en qualité de créateurs de la société; puis ils prétendaient que, sans eux, la souscription du capital aurait été difficile, voire même impossible, et y trouvaient prétexte à réclamer une nouvelle rémunération, et ainsi de suite; quant au contrôle des actionnaires, il s'exerçait tant bien que mal, mais en tous cas n'empêchait

(1) V. *Comment. de la loi sur les sociétés*, p. 41.

jamais les fondateurs de s'avantager le plus possible. Il y avait là des abus et des fraudes qui portaient préjudice aux actionnaires et aux tiers ; la loi de 1856 a tari cette féconde source de tromperies. A cet effet, elle a décidé, que ceux qui sont les bénéficiaires d'avantages particuliers ont besoin, pour les posséder légalement, de passer par le contrôle des actionnaires, tel que la loi l'organise. Sans avoir été vérifiés et approuvés, les avantages particuliers n'ont aucune valeur, et leurs possesseurs ne peuvent pas s'en prévaloir.

78. Il est certain toutefois, que même avec les dispositions de la loi en vigueur, on ne pourra pas évaluer mathématiquement les apports en nature et fixer avec une parfaite exactitude les avantages particuliers. Il y a même des apports, qui échappent à toute évaluation raisonnée ; que vaut par exemple une idée dont on poursuit la réalisation ou un brevet dont on entreprend l'exploitation ⁽¹⁾ ? Mais il fallait, dans la limite du possible, détruire les fraudes auxquelles donnait si fréquemment naissance l'habileté des fondateurs ; ceux-ci, juges en leur propre cause, ne se faisaient pas de scrupules de donner à leurs apports des évaluations exagérées, ou de s'attribuer des avantages excessifs ; cette situation était subie par les souscripteurs bien contre leur gré. C'est ce que disait la commission ⁽²⁾ dans son rapport :

« Le fondateur d'une société en dresse l'acte seul ou avec un petit nombre d'associés ; il donne à l'ap-

(1) V. M. Beudant, *Rev. crit.*, art. cit.

(2) Qui élaborait la loi de 1867.

port social une valeur démesurée; il stipule à son profit des avantages outrés..... Il prodigue des prospectus, les annonces les plus pompeuses. L'actionnaire séduit accourt; il vient pour souscrire. Demandez-lui ce qu'il a acheté, le nom du gérant, la nature, la situation de l'entreprise, il n'en sait rien, il ne voit que le cours du jour, ne rêve qu'à celui du lendemain. Ainsi s'est formé sans examen, sans discussion, sans contradiction, un contrat qui est collectif par sa nature. Ainsi est ouvertement violé le principe de droit, qui veut qu'il n'y ait de conventions formant loi entre les parties, que celles qui sont consenties avec liberté et en connaissance de cause. Il faut forcer en quelque sorte les associés à ne s'engager qu'après examen et réflexion, leur donner la force d'unité et de cohérence qui leur a manqué jusqu'à ce jour. »

79. C'est dans ce but, que la loi de 1867 impose l'obligation de vérifier et d'approuver les apports en nature et les avantages particuliers. Comment et par qui est exercé ce contrôle? L'article 4 nous le dit :

« Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, on stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés.

« La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, donnée par une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation.

« La seconde assemblée générale ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages qu'après un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition

des actionnaires, cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée.

« L'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude.

« Les dispositions du présent article, relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire, ne sont pas applicables au cas où la société, à laquelle est fait ledit apport, est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis. »

Voilà autant de dispositions importantes que d'alinéas dans cet article, dispositions qui ont toutes pour but la protection des actionnaires contre les fondateurs.

80. Tout apport, dit la loi, est soumis à la vérification, qu'il s'agisse de meubles, d'immeubles, de brevets, tout ce qui n'est pas numéraire doit être vérifié par l'assemblée de constitution. Il ne faut pas pourtant pousser trop loin l'application de l'article 4, et si des actionnaires se sont libérés en chèques, billets de banque, bons du trésor payables à vue, ils ne peuvent être soumis au contrôle de l'assemblée sous prétexte qu'ils ont apporté autre chose que du numéraire.

L'apport en nature fait lors de la fondation de la société, doit subir l'examen et l'approbation de l'assemblée des actionnaires, la loi n'admet pas de controverse; mais qu'en sera-t-il des apports faits pendant que la société est en cours d'opérations? L'article 4 leur sera-t-il applicable? Nous ne le pensons pas et nous croyons avec la Cour d'Aix, dans son arrêt du 9 avril 1867 rendu sous le règne de la loi de 1856, que l'acquisition d'un immeuble par la société ne constitue pas

à proprement parler un apport, et ne donne pas lieu à l'application de l'article 4, alors même qu'une partie du prix de cette acquisition a été payée en actions provenant de l'augmentation du capital social, si cette augmentation a été prévue par les statuts. La loi a voulu venir en aide aux sociétés qui se constituent et non à celles qui fonctionnent déjà; elle a voulu les prémunir contre les fraudes et les abus qui auraient pour résultat de les grever d'un passif dont elles ne recevraient pas l'équivalent; c'est là un danger que n'ont pas à craindre les sociétés en marche.

81. Cette hypothèse exceptée, tous les apports en nature et les avantages particuliers, tomberont sous l'application de l'article 4.

L'assemblée des actionnaires doit se réunir deux fois pour statuer définitivement sur les apports et sur les avantages; sa première séance sera consacrée à la vérification, la deuxième au vote; en outre, entre les deux séances, il faudra qu'il y ait un intervalle d'au moins cinq jours.

On a soutenu, M. Bédarride entre autres, que si l'assemblée approuvait dans sa première séance les apports et les avantages, la loi serait satisfaite. Ce système était soutenable sous la loi de 1856, qui n'exigeait pas que les deux réunions de l'*assemblée de constitution* fussent distancées; les actionnaires pouvaient alors, sans craindre de violer la loi, se réunir deux fois dans la même journée, en finir rapidement et simultanément avec la vérification et l'approbation. Mais aujourd'hui en présence des termes formels de la loi de 1867, une telle façon de procéder serait la plus flagrante violation de la loi, et irait à l'encontre des

idées exprimées par le rapporteur de la commission du Corps législatif et que la loi a consacrées :

« On aurait voulu — disait le rapporteur — simplifier le mécanisme créé par la loi ; ne pas imposer à la première assemblée, si elle est suffisamment éclairée, la perte de temps et d'argent d'une appréciation faite par des tiers de la valeur de l'apport ou de la cause des avantages stipulés ; on aurait voulu surtout éviter la convocation d'une seconde assemblée générale, destinée à approuver l'appréciation prescrite par la première. Mais la réflexion a déterminé votre commission, à maintenir ces restrictions salutaires. Une première assemblée serait trop disposée en général, là même où tous les éléments en seraient sincères, à tout accepter en aveugle. L'intervention d'une sorte d'expertise, la nécessité d'une convocation spéciale et de l'approbation d'une assemblée nouvelle, tout cela laisse aux esprits le temps de se calmer, à la vérité de se faire jour et d'éviter de regrettables surprises ⁽¹⁾. »

Ces paroles nous apprennent pourquoi le législateur, a cru qu'une seule réunion de l'assemblée serait insuffisante ; il faut de toute nécessité, deux réunions à intervalle d'au moins cinq jours. On a craint l'entraînement et l'enthousiasme de la première heure, « car il y a dans les sociétés comme dans d'autres associations, une lune de miel, dont les ardeurs peuvent être dangereuses si elles ne sont pas contenues. »

Le législateur a donc pris la précaution, peut-être excessive, d'assurer aux souscripteurs le loisir de la réflexion et l'occasion d'un débat contradictoire.

(1) V. Rapport, p. 25.

82. La loi veut, qu'il soit tenu deux assemblées; nous en avons vu les raisons; si cette exigence n'est pas obéie, la société est nulle, faute que les prescriptions de la loi de 1867 aient été remplies; c'est une décision sévère, mais qui ne fait qu'appliquer la loi (1).

Les deux assemblées, ou pour parler un langage plus conforme à la réalité, les deux réunions de l'assemblée de constitution, n'ont pas le même rôle; c'est une raison de plus, pour que l'une ne puisse pas dispenser de l'autre. Dans la première réunion, on prend connaissance des prétentions des apporteurs et de l'estimation qu'ils ont faite de leurs apports. Mais comment s'en instruira-t-on? La loi ne répond pas d'une façon précise à notre question, elle dit : « la première assemblée générale, fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés; » fait apprécier, comment? par elle-même ou par experts? La loi ne précise pas et ne limite en aucune façon, les mesures que la première assemblée peut prendre. Elle n'a pas voulu préciser; la preuve en est dans un amendement d'un député, M. de Saint-Paul, qui demandait que la première assemblée désignât trois personnes prises soit dans son sein, soit en dehors qui fissent un rapport signé d'elles, imprimé et tenu à la disposition des actionnaires; cet amendement ne fut pas admis. La commission de la Chambre le combattit, pour les motifs suivants :

« Du moment où, la première assemblée générale fait apprécier la valeur des apports, elle est libre de

(1) V. MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 215; Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, p. 43; Beudant, *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 141; Rivière, *op. cit.*, p. 86; Pont, *op. cit.*, p. 141.

- désigner trois personnes, un moindre ou un plus grand nombre, prises soit dans son sein, soit en dehors. Pourquoi gêner sa liberté et l'astreindre à nommer trois appréciateurs, si un seul lui paraît suffisant ou si cinq lui semblent nécessaires ⁽¹⁾ ? »

Si donc la première assemblée croit pouvoir se procurer à elle seule, tous les renseignements qui lui sont nécessaires pour son rapport, elle est libre de se réserver le soin d'apprécier la valeur des apports, sans le confier à des personnes étrangères à la société ; si au contraire, elle estime que des spécialistes feront une plus juste appréciation, elle désignera des experts qui pourront être pris, tout aussi bien parmi les actionnaires qu'en dehors ⁽²⁾. La plus grande liberté est laissée à cet égard à l'assemblée qui, dans l'appréciation qu'elle doit faire, peut employer tel moyen que bon lui semblera. Mais il est évident que si l'assemblée vérifie seule les apports, il lui sera en fait difficile de se consacrer tout entière à ce travail.

83. La deuxième assemblée, ne peut être tenue que cinq jours au moins après la première. La loi de 1856 n'imposait aucun délai, et sous l'empire de cette loi on pouvait tenir les deux séances le même jour ; aussi la vérification était-elle superficielle, très heureusement pour les fondateurs. Pour respecter la lettre de la loi, on s'y prenait de la manière suivante : les deux assemblées se tenaient le même jour, à quelques heures d'intervalle et peut-être même à quelques minu-

(1) V. Rapp. suppl. n° XVI.

(2) D'après M. Beudant, les experts nommés par l'assemblée des actionnaires ne prêteront pas serment.

tes; les travaux de la première assemblée devenaient matériellement impossibles, on n'y donnait aucun soin, et sans avoir pu sérieusement contrôler les apports, on dressait le rapport, préparé peut-être d'avance; enfin les actionnaires votaient avec le plus d'enthousiasme le rapport, et tout était dit. Cette procédure expéditive était régulière en la forme, mais l'esprit de la loi était faussé. La loi de 1867, dont la forme est en parfaite harmonie avec l'esprit, ne veut pas d'une procédure trop hâtive; et afin d'éviter les surprises et de parer à des ruses trop faciles à commettre, elle exige que le rapport de la première assemblée, soit imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la deuxième assemblée. Par cette mesure, elle appelle la réflexion des actionnaires, excite leur curiosité, les pousse à la consultation du rapport, en un mot elle les éclaire avant le vote.

84. Le rôle de la deuxième assemblée est d'approuver le rapport, car ne l'oublions pas, la première assemblée n'a fait que le rédiger et n'a pas pu le voter; l'article 4 alinéa 2, le lui défend. Que contient ce rapport? le compte-rendu des travaux de vérification et d'appréciation fait, pour mettre les souscripteurs réunis en mesure de délibérer et de se prononcer, nous répond M. Pont ⁽¹⁾. Il indiquera par exemple qu'un immeuble a été mis en société, dira quelle est sa valeur et combien on pourrait accorder d'actions à l'associé qui l'a apporté; à combien, on estime le travail de telle personne et quelle part de société on pourrait lui reconnaître; si la cause des avantages particuliers est légi-

(1) V. *op. cit.*, p. 145.

time et si les personnes qui les ont stipulés en sont dignes, etc.

La loi ne nous dit pas quel sera le rapporteur, mais nous pouvons le trouver assez facilement. La première assemblée a été chargée de faire le rapport; c'est elle seule qui peut charger un de ses membres du soin d'en donner lecture à la deuxième assemblée; de même que, si la première assemblée a nommé de son sein une commission pour faire les appréciations prescrites, c'est à elle à désigner le rapporteur. Cela ne présente aucune difficulté.

Les actionnaires doivent prendre connaissance du rapport, cinq jours au moins avant de procéder à son approbation. La loi est muette sur les détails, et on pourrait soutenir, pour mieux protéger les souscripteurs que la loi vise à garantir, que les fondateurs doivent adresser le rapport au domicile de chaque actionnaire. Ce serait ajouter aux prescriptions de la loi; tout ce qu'on peut exiger, c'est que le rapport imprimé reste à la disposition des actionnaires au siège social. Si la société n'a pas encore de siège social, les fondateurs devront indiquer le lieu où le rapport a été déposé, sans quoi la loi ne serait pas satisfaite ⁽¹⁾.

85. Il est certain, que le rapport fait par la première assemblée ne lie pas la seconde qui garde toute liberté de le discuter et d'y proposer des modifications. Pour que la deuxième assemblée prenne une décision valable, il faut qu'elle soit composée d'un nombre d'actionnaires plus élevé que les assemblées ordinaires. De combien d'actionnaires doit être composée

(1) V. MM. Pont, *op. cit.*, p. 186; Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n. 44; Bédarride, *op. cit.*, n. 106.

la deuxième assemblée? l'article 30 de la loi de 1867 nous l'apprend :

« Les assemblées qui ont à délibérer sur la vérification des apports, sur la nomination des premiers administrateurs, sur la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs, aux termes du paragraphe 2 de l'article 24, doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social.

« Le capital social, dont la moitié doit être représentée pour la vérification de l'apport, se compose seulement des apports non soumis à la vérification. »

La moitié du capital social ne peut être formée que de numéraire, les apports en nature qu'on vérifie n'y entrent pas et ceux qui les ont faits assistent à l'assemblée, prennent part à la discussion, mais sans voix délibérative. Cette sage disposition de la loi, est conforme au principe de droit, qui ne veut pas qu'on soit juge et partie dans la même cause. Ce que nous venons de dire pour les associés apporteurs, s'applique aussi aux associés avantagés.

86. On peut se demander si la loi exige que les deux assemblées de constitution, la première qui vérifie et fait le rapport, comme la deuxième qui vote, présentent une composition spéciale, soient formées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. Pour quelques-uns, la loi est tout aussi exigeante pour la première que pour la deuxième assemblée⁽¹⁾. L'opinion contraire nous paraît préférable, et nous pensons que la majorité spéciale de l'article 30 n'est exigée que pour la deuxième

(1) V. MM. Rivière, *op. cit.*, p. 86; Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, p. 45.

assemblée. La première assemblée n'a pas besoin d'une telle majorité, parce qu'il n'y a pas de vote; et, pour se renseigner, pour estimer ou faire estimer les apports et pour faire le rapport, à quoi servirait un si grand nombre d'actionnaires?

L'intérêt de la question est le suivant : Faudra-t-il annuler la société anonyme faite que l'assemblée de vérification ait été composée comme le prescrit l'article 30? comment admettre l'annulation de la société pour le simple motif, qu'une disposition dont on ne voit pas trop l'importance, n'a pas été observée? nous n'hésitons pas à répondre négativement ⁽¹⁾.

87. Qu'arrive-t-il si le nombre d'actionnaires voulu n'est pas réuni? L'article 30 a prévu l'hypothèse, et voici comme il la résoud :

« Si l'assemblée générale, ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Dans ce cas, une nouvelle assemblée générale est convoquée. Deux avis publiés, à huit jours d'intervalle, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée, composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social. »

Ainsi donc, si une première fois on ne réussit pas à réunir un nombre d'actionnaires qui représente la moitié du capital social, il y a lieu de convoquer de nou-

(1) Dans le même sens, MM. Pont, *op. cit.*, p. 148; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 216; Boistel, *op. cit.*, p. 185.

veau l'assemblée, qui pourra statuer, même si elle n'est composée que d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième du capital social.

88. Il faut remarquer que l'article 30 ne s'applique qu'à la société anonyme, la société en commandite par actions est en dehors de ses prescriptions.

Pourquoi le législateur de 1867 a-t-il établi cette différence entre la société anonyme et la société en commandite par actions? personne ne saurait le dire. Et nous avouons ne pas comprendre, pourquoi les apports en nature et les avantages particuliers sont approuvés par une assemblée plus nombreuse quand il s'agit d'une société anonyme que quand il s'agit d'une société en commandite par actions; de même qu'il nous est difficile d'expliquer la faveur accordée à la société anonyme de pouvoir se constituer à la suite d'une nouvelle convocation de l'assemblée, faveur qui est refusée à la commandite.

Nous constatons donc que les apports en nature et les avantages particuliers, quand il s'agit d'une commandite par actions, sont régis par l'article 4 et ne sont régis que par lui; et que les mêmes apports et avantages, quand il s'agit d'une société anonyme, sont régis par les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 4 et par l'article 30.

89. La deuxième assemblée peut prendre trois sortes de décisions : 1° approuver les apports en nature et les avantages tels qu'ils ont été proposés; 2° ne pas les admettre; 3° les approuver avec des modifications.

1° Si l'assemblée approuve les apports, il ne reste plus qu'à nommer les administrateurs pour que la société soit définitivement constituée.

2° Si les apports n'ont pas été approuvés, nous appliquerons l'alinéa 6 de l'article 4 qui dit : « A défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. » La société sera tout aussi nulle vis-à-vis de l'associé apporteur, que vis-à-vis des autres souscripteurs. Le premier, n'avait adhéré à la société qu'à la condition que l'apport qu'il y faisait serait reçu avec la valeur qu'il lui donnait ; les autres, n'ayant entendu s'obliger envers la société que s'il y en avait une, et la condition ayant défailli par le vote de l'assemblée, l'obligation des souscripteurs n'a jamais pris naissance. Ce qui fait que la société n'a jamais existé ; il n'y a eu qu'un essai de la constituer.

Décidant que la société est inexistante même dans le passé, à la charge de qui mettrons-nous les frais occasionnés par l'essai de constitution ? Si la société avait été fondée, il est évident que les frais faits pour sa formation auraient été à sa charge ; mais *quid* en cas de non constitution ? Nous pensons, avec la majorité des auteurs, qu'ils ne doivent pas être supportés par les souscripteurs. C'est la conséquence nécessaire de l'inexistence de la société qui n'a pas pu imposer la moindre obligation à personne, *quod nullum est nullum producit effectum* ; et si on retenait quelque chose aux souscripteurs sur le quart qu'ils ont versé, on ferait produire un effet à une société qui n'a jamais existé, ce qui est impossible. C'est donc sur les fondateurs que ces frais doivent peser ; car ce sont eux qui ont engagé l'affaire, et à leurs risques et périls ⁽¹⁾.

(1) V. MM. Pont, *op. cit.*, p. 159 ; Rivière, *op. cit.*, n° 204 ; Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 51 ; Bédarride, *op. cit.*, n° 114.

La commission du Corps législatif de 1867, s'exprimait dans le même sens :

« Si l'approbation manque — disait elle — nul lien n'existe pas plus dans le passé que dans le présent et dans l'avenir. Souscripteurs sous condition, les actionnaires n'ont pas même à se préoccuper des frais exposés par ceux qui sont venus solliciter un concours qui s'est refusé à leurs désirs. »

Nous admettons parfaitement bien, qu'une clause des statuts puisse décider, qu'en cas d'impossibilité, d'arriver à constituer la société, les versements ne seront remboursés que déduction faite des frais légitimes et justifiés. Une pareille clause n'a rien d'illicite, et, par elle, les souscripteurs sauront d'avance la perte à laquelle ils s'exposent, si la société ne parvient pas à se constituer ⁽¹⁾.

90. En sens inverse, les souscripteurs ont-ils droit aux intérêts des sommes par eux versées? Non. Il est incontestable que les sommes versées par les actionnaires ne sont pas de plein droit productives d'intérêts; s'il y a eu, en prévision de la restitution, une convention spéciale entre les souscripteurs et les fondateurs, des intérêts sont dus en vertu de la convention; mais à défaut d'une telle convention, les actionnaires n'ont droit à aucun intérêt dans l'intervalle du versement au jour où l'assemblée refuse de constituer la société.

91. 3° Si l'assemblée juge que les apports en nature sont exagérés dans leur estimation, ou que les avantages particuliers sont excessifs et qu'elle veuille

(1) V. le savant article de M. Beudant, *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 154.

les réduire, le pourra-t-elle? Non, a-t-on répondu, car à défaut d'approbation — dit l'article 4 — la société reste sans effet; ce qui veut dire, que l'assemblée délibérant dans les conditions voulues par la loi, ne peut qu'approuver ou rejeter, toute autre décision lui est interdite. L'intérêt des souscripteurs, a-t-on encore observé, veut que l'assemblée ne puisse pas discuter avec les apporteurs la valeur de leurs apports. Quelle sécurité présente une société, qui débute par un essai de fraude de la part des fondateurs? Dès lors, les souscripteurs doivent être libres de se retirer d'une société qui peut ne plus leur convenir. On admet toutefois, dans cette opinion, qu'une clause des statuts peut autoriser l'assemblée à accepter des évaluations différentes, de celles que les fondateurs avaient proposées ⁽¹⁾.

L'opinion contraire a prévalu, elle se fonde sur la discussion qui a eu lieu au Corps législatif. M. Javal, pour trancher la difficulté qui nous préoccupe, avait proposé l'amendement suivant : « A moins qu'elles (les parties) ne se mettent d'accord sur une évaluation différente, » et qui complétait l'alinéa 6 de l'article 4. L'alinéa ainsi complété s'exprimait de la manière suivante : « A défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties, à moins qu'elles ne se mettent d'accord sur une évaluation différente. » Le rapporteur de la commission combattit cet amendement, pour les raisons suivantes : « La commission a pensé, — disait-il, — que la disposition qu'on propose à la Chambre est inutile, car ce serait introduire dans la loi une faculté qui évidemment est de droit

(1) V. l'article de M. Beudant déjà cité.

commun et qui appartient en matière de société commanditaire, comme en toute autre, aux parties contractantes. »

M. Javal, après cette déclaration, voulait savoir pourquoi la commission et le gouvernement, puisqu'ils étaient de son avis, n'acceptaient pas son amendement; il lui fut répondu que cet amendement était inutile, et que l'article de la loi, même sans cette addition, disait la même chose. A la suite de ces explications, l'amendement Javal fut rejeté ⁽¹⁾.

92. Ce qui nous indique encore, que le législateur n'a pas voulu empêcher l'assemblée générale et les fondateurs de discuter la valeur des apports et de modifier les évaluations primitivement proposées, c'est le rejet d'une demande de renvoi à la commission présentée au corps législatif par M. Marié :

« Je demande à la Chambre — disait ce député — le renvoi à la commission, afin que la commission dans une rédaction nouvelle dise que, lorsque l'assemblée générale aura à voter, elle ne pourra le faire dans ce cas et pour cette situation fondamentale qu'autant que tous les actionnaires auront été appelés; eux seuls, en effet, parties stipulantes au contrat, peuvent décider si au moins à leur égard la société sera maintenue ou non. Le pouvoir représentatif d'une assemblée est sans force dans ce cas, car il serait sans raison ⁽²⁾. »

Mais cette demande n'a pas été favorablement accueillie, et l'alinéa 6 a été voté tel qu'il figurait dans l'article du projet.

(1) V. cette importante discussion dans Tripier, t. I, p. 499 et suiv.

(2) *Ibid.*, p. 529.

93. Il ne reste plus de doute, que l'assemblée puisse voter d'autres évaluations que celles proposées par les fondateurs, pourvu bien entendu, que ceux-ci les acceptent. Il n'est pas besoin pour cela d'une clause expresse insérée dans les statuts.

Cette décision d'ailleurs est très logique. La loi exige qu'il y ait deux assemblées; tout actionnaire peut se rendre à ces assemblées; ceux des actionnaires qui n'y vont pas, prouvent qu'ils s'en remettent, pour les décisions à prendre, à ceux qui s'y rendent. On n'aurait pas pu exiger que l'unanimité des actionnaires se rendît à l'assemblée, une pareille exigence aurait mis la société en impossibilité de se constituer; la loi a remplacé l'impossible par une disposition sage, en fixant un minimum d'actionnaires, dont les décisions lieront les absents.

D'autre part l'assemblée ainsi composée, étant autorisée de par la loi à approuver ou rejeter les propositions faites par les fondateurs, ne fait rien que de très favorable à la société, quand elle diminue les prétentions des fondateurs.

Si on refusait ce droit à l'assemblée, on la mettrait dans un grand embarras; pour parvenir à constituer la société, elle approuverait sans protester les évaluations les plus mensongères; car, en les rejetant, elle entraverait la constitution d'une société qui pourrait rendre de grands services ⁽¹⁾.

94. Une disposition de l'article 4 qui ne manque pas d'importance, c'est l'exclusion des associés fondateurs du vote qui vérifie les apports. On conçoit sans

(1) V. MM. Pont, *op. cit.*, p. 154; Rivière, p. 89; Mathieu et Bourguinat, *op. cit.*, p. 48.

peine l'utilité de cette mesure. Les associés apporteurs assistent à l'assemblée générale, soutiennent leurs évaluations, prennent part à la discussion, mais restent étrangers à la décision. Il leur est défendu d'être juges en leur propre cause. Une fois que les apports ont été approuvés et les bénéfices stipulés accordés par l'assemblée, les associés fondateurs peuvent voter sur les autres questions du ressort de l'assemblée générale.

95. L'approbation régulière des apports en nature et des avantages particuliers doit, pour être valable, ne pas être entachée de dol ou de fraude. La loi réserve expressément ces deux cas, que la loi de 1856 avait passés sous silence. Néanmoins, même sous la loi de 1856, une action fondée sur le dol ou sur la fraude aurait réussi. Car il n'est pas besoin d'une disposition législative, pour que le principe *fraus omnia corrumpit* trouve son application.

L'erreur de calcul peut très bien donner lieu à un recours, bien qu'elle ne soit pas prévue par la loi de 1867; elle devra être admise comme cause de nullité, dans les termes du droit commun (art. 1110, C. civ). Il faut reconnaître toutefois qu'une erreur de calcul sera rare vu les nombreuses précautions prises par la loi; les deux assemblées, la première en vérifiant, la deuxième en délibérant et votant, pourront difficilement commettre une erreur. La chose est pourtant possible, et si elle se produit, il y a lieu à un recours qui ne pourrait être repoussé sous prétexte que la loi n'a pas prévu le cas d'erreur (4).

La lésion ne pourrait pas constituer un cas de nullité,

(4) V. MM. Pont, p. 158; Beudant, art. cit., *Rev. crit.*, p. 143 (note 2); Lyon-Caen et Renault, p. 216; Boistel, p. 186.

attendu que les actionnaires sont majeurs, et les majeurs ne sont que très rarement admis à faire valoir la nullité pour cause de lésion.

96. La vérification n'aura pas lieu, dans le cas où tous les associés sont propriétaires par indivis des apports faits à la société. On n'a pas de peine à comprendre cette exception contenue dans le dernier alinéa de l'article 4. Supposons par exemple, que plusieurs copropriétaires mettent en société les biens pour lesquels ils sont en indivision et prennent à eux seuls toutes les actions sans faire appel au public; à quoi servirait la vérification en pareil cas? Il est évident que les fraudes, s'il s'en produit, nuiront également à tous les associés et par conséquent le préjudice en résultant serait nul pour chacun d'eux. Mais il y a d'autres personnes desquelles le législateur, il faut le croire, n'a pas tenu compte, quand il a inséré dans la loi l'exception dont nous parlons; ces personnes sont : les créanciers de la société et ceux qui deviendront plus tard actionnaires de la société. Nous pensons, quant à nous, que le législateur s'il en avait décidé autrement, parce qu'il s'intéressait aux deux catégories de personnes dont nous parlons, n'aurait rien fait d'efficace. L'exagération des évaluations se serait produite, quand même les apports auraient dû subir la vérification de l'assemblée.

97. La transformation d'une société¹ en nom collectif ou en commandite simple en société anonyme, est possible. Y a-t-il lieu alors d'appliquer la disposition finale de l'article 4? En nous tenant strictement à la lettre de la loi, nous répondrions que non, parce que les biens d'une société en nom collectif ou en

commandite simple qui vont devenir les biens d'une société par actions, ne sont pas les biens indivis des associés. Les principes généraux des sociétés commerciales nous apprennent, que les biens de la société sont à elle seule et non aux associés, et qu'ils ne deviennent la propriété par indivis des associés qu'à la dissolution de la société; or quand une société en nom collectif se transforme en société par actions, la société n'a pas cessé d'exister, ses biens ne peuvent pas devenir la propriété indivise des associés, et par conséquent la disposition finale de l'article 4 ne trouve pas son application. De la discussion de la loi il ressort pourtant, que le législateur n'a pensé qu'aux transformations des sociétés en nom collectif ou en commandite simple en sociétés par actions; ce n'est qu'en vue de ces transformations, qu'il a fait une règle spéciale. Il n'est pas moins vrai cependant, que l'exception de la loi pouvait donner lieu à de nombreuses fraudes — comme le font remarquer avec beaucoup de justesse MM. Lyon-Caen et Renault : « Des spéculateurs — disent-ils — peuvent se rendre acquéreurs d'un bien dont ils connaissent le peu de valeur, par exemple d'une invention illusoire, constituer une commandite par actions sans remplir les formalités de l'article 4, en donnant au fonds social une valeur exagérée, pour se hâter de céder leurs actions à des tiers, qui après les avoir payées cher se trouveront en présence d'un fonds sans consistance ⁽¹⁾. »

Il va sans dire que s'il y a autant d'apports que d'associés, l'exemption de vérification n'a pas lieu.

(1) V. *op. cit.*, p. 217, note 2.

98. Que faut-il décider, quand deux sociétés se réunissent et font confusion de leurs biens ; y a-t-il besoin de vérification ? controversé.

Nous pensons quant à nous, que la vérification s'impose. Nous sommes sur ce point en désaccord avec l'éminent professeur, dont nous sommes fier d'avoir été l'élève. M. Rataud soutient que l'hypothèse que nous examinons, rentre dans le dernier alinéa de l'article 4. Notre opinion est aussi contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation ⁽¹⁾, mais elle a pour elle l'autorité de M. Lyon-Caen. Les motifs qui justifient la disposition exceptionnelle de l'article 4, ne se retrouvent pas dans notre hypothèse. Quand deux sociétés fusionnent, deux intérêts opposés sont en présence ; chaque société cherche à évaluer ses biens le plus haut possible ; et en décidant qu'il n'y aurait pas de vérification, on porterait préjudice tant aux associés, qu'aux créanciers de chaque société qui fusionne.

99. L'opinion dont nous sommes partisan a été soutenue magistralement par le savant président de cette thèse, M. Lyon-Caen. Notre opinion n'a nulle part été mieux défendue, que dans une dissertation de l'éminent professeur. Nous nous faisons le plaisir de reproduire intégralement son argumentation :

« Il n'est pas niable que la théorie admise par la Cour de la Réunion ⁽²⁾ a contre elle le texte de la loi du 24 juillet 1867. Notre arrêt prétend que les prescriptions de cette loi, dont il s'agissait dans l'espèce, sont inapplicables aux sociétés anonymes qui ne font pas appel à des souscriptions publiques et dans les-

(1) V. arrêt 5 mai 1880, S. 1881.4.5.

(2) V. arrêt du 16 juin 1876, *Journ. du Pal.*, 1877, p. 78.

quelles les apports des associés, ne sont pour aucune partie en numéraire. La Cour de la Réunion distingue en quelque sorte, pour l'application de la loi de 1867, deux sortes de sociétés anonymes, celles (de beaucoup les plus nombreuses), qui font souscrire leur capital actions par le public et celles dont le capital est de suite entièrement souscrit par les fondateurs. La loi de 1867 ne contient pourtant aucune distinction de cette nature; ses termes sont généraux et elle ne renferme pas, comme la loi belge sur les sociétés (art. 30) du 18 mai 1873, de dispositions écartant tout ou partie de ses prescriptions pour les sociétés anonymes formées sans appel au public. Il semblerait bien que c'est le cas ou jamais d'appliquer la règle élémentaire d'interprétation : « ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus. »

« Selon notre arrêt, cette disposition (art. 4) a encore pour but exclusif de sauvegarder les intérêts des souscripteurs, dans le cas de souscription publique. Dans notre espèce, les actionnaires, tous fondateurs, étaient très bien édifiés sur la valeur des apports en nature faits par chaque société. La double vérification prescrite par la loi se justifie par l'opposition des intérêts des souscripteurs faisant des apports en nature et de ceux qui en font en numéraire. Cette opposition n'existait pas dans l'espèce, le second élément faisant complètement défaut. Du reste ceux qui font des apports en numéraire, seuls, sont appelés par la loi à vérifier les apports en nature. Ici la vérification était donc impossible. La loi vient à l'appui de cette thèse en dispensant de la vérification dans un cas analogue, celui où la société est formée entre ceux seulement

qui sont copropriétaires d'un apport en nature (art. 4, dern. al., loi de 1867).

« Contre cette théorie, nous invoquerons tout d'abord les dispositions mêmes de l'article 4 de la loi de 1867. Cet article indique d'une façon très minutieuse, les formalités à remplir pour la vérification des apports en nature; aux règles qu'il édicte, il apporte une exception unique pour le cas où, la société n'est formée que entre les copropriétaires d'un apport en nature. On est d'accord pour appliquer cette exception, par exemple au cas où, une société en nom collectif se transforme en société anonyme, les seuls actionnaires étant les associés de la société primitive. Le cas soumis à la Cour de la Réunion offrît-il de l'analogie avec le cas exceptionnel prévu par l'article 4, qu'on ne saurait lui appliquer la disposition qui dispense de la vérification. Les dispositions dérogatoires au droit commun, ne doivent point être étendues d'un cas à un autre, quelle que puisse être l'analogie. L'analogie alléguée par notre arrêt n'existe même pas ici. Dans le cas prévu par la loi, tous les associés ont un droit sur l'apport en nature dont il s'agit. Dans notre espèce, il y avait deux classes d'apports en nature, les uns appartenant à la société de Kervéguern et compagnie, les autres à la société Blainville, Choppy et compagnie; les membres de la première société, n'avaient aucun droit sur les apports faits par la seconde; les membres de la seconde n'en avaient aucun sur les apports faits par la première. Cette différence est considérable. Dans le cas prévu par la loi, il n'y a pas d'antagonisme entre deux classes d'associés, dont les uns ont intérêt à diminuer, les autres à augmenter la valeur des apports

en nature ; tous ont un intérêt identique ; il n'y a pas d'antagonisme, et par suite il n'y a personne parmi les actionnaires, qui puisse procéder à une vérification contradictoire. Dans notre espèce, les membres d'une des sociétés en nom collectif étaient intéressés à ce que, l'évaluation des apports de leur société fût élevée et à ce qu'on atténuat celle des apports de l'autre. Il y avait antagonisme évident rendant possible la vérification des apports en nature.

100. « La vérification de ces apports était non seulement matériellement possible, mais encore elle était utile, car les membres d'une des sociétés pouvaient très bien ne pas connaître exactement la valeur des apports faits par l'autre. Sans doute la vérification pouvait être faite par chacun lors de la signature de l'acte de société, seulement cette vérification n'offre pas les mêmes garanties que celle qui est faite en assemblée générale ; on peut arracher à un associé pris individuellement et séparément un consentement, qu'il ne donnerait pas si tous les associés étaient réunis. Les formalités de la vérification, avaient donc dans l'espèce une certaine utilité pour les actionnaires eux-mêmes, quoiqu'on n'eût pas recouru à la souscription publique. Nous ajoutons que contrairement à l'affirmation de la Cour de la Réunion, ces formalités ont pour but d'empêcher des fraudes au détriment des actionnaires futurs et des créanciers, ce qui suffirait pour les rendre applicables même quand, il n'y a pas de souscription publique.

« Les fondateurs exagèrent souvent la valeur de leurs apports en nature pour lesquels ils se sont fait attribuer des actions. Puis après cela, ils se hâtent

de les négocier et de disparaître. Les cessionnaires d'actions s'aperçoivent alors qu'ils ont payé cher des actions d'une société sans consistance, ayant un capital bien inférieur à celui qui était annoncé par l'évaluation des apports. Il n'est pas douteux qu'elles étaient à craindre dans l'espèce⁽¹⁾. »

101. Nomination des administrateurs et des commissaires. — Une dernière condition pour que les sociétés anonymes soient légalement constituées, est posée par l'article 25, qui veut que la société ne puisse pas fonctionner avant la nomination des administrateurs et des commissaires. Cet article s'exprime ainsi : « Une assemblée générale est, dans tous les cas, convoquée à la diligence des fondateurs, postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart qui consiste en numéraire. Cette assemblée nomme les premiers administrateurs ; elle nomme également, pour la première année, les commissaires institués par l'article 32 ci-après.

« Ces administrateurs, ne peuvent être nommés pour plus de six ans ; ils sont rééligibles sauf stipulation contraire.

« Toutefois, ils peuvent être désignés par les statuts, avec stipulation formelle que leur nomination ne sera point soumise à l'approbation de l'assemblée générale. En ce cas, ils ne peuvent être nommés pour plus de trois ans. »

C'est donc l'assemblée générale qui pourvoit, par la nomination des administrateurs, à l'administration de la société. Le législateur de 1867 cependant, n'a

(1) V. cette imp. dissert. sous l'arrêt cité, *Journal du Palais*, 1877, p. 78, et dans le même sens M. Boistel, *op. cit.*, p. 168 et suiv.

pas réservé, comme le faisait la loi de 1863, à la seule assemblée des actionnaires le droit de nommer les administrateurs; il a permis de les désigner dans les statuts. Voici comment l'exposé des motifs justifie cette innovation :

« On comprend que les fondateurs d'une société, soit qu'ils en aient conçu la pensée, soit qu'ils aient fourni la plus grande partie de l'apport social, ou même ce qui en est l'élément essentiel, ne consentent pas à se voir exclus de l'administration par un vote de l'assemblée. Ils peuvent avoir la volonté arrêtée d'y prendre part, non seulement à raison des avantages qu'offrent ordinairement les fonctions d'administrateurs, mais aussi par la conviction que, seuls, ils sont capables de donner l'impulsion convenable à des opérations qu'ils ont conçues, ou même encore par le désir très avouable de ne pas laisser passer en des mains étrangères l'administration d'une entreprise, dont l'idée, les capitaux ou le matériel ont été presque en totalité fournis par eux ⁽¹⁾. »

Les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale ou désignés par les statuts; dans le premier cas, la durée de leur fonction est de six ans, et de trois ans dans le second cas. On comprend aisément l'utilité de cette distinction. La loi n'a pas voulu, que les premiers administrateurs exerçassent une sorte de dictature qui pourrait être funeste à la société.

Quand les administrateurs ont été désignés par les statuts sans clause formelle que leur nomination ne serait pas soumise à l'assemblée générale, l'assemblée

(1) V. Tripier, t. I, p. 42 et 43.

en approuvant les statuts, ratifie la nomination des administrateurs dont les fonctions durent six ans⁽¹⁾.

102. « Le procès-verbal de la séance, constate l'acceptation des administrateurs et des commissaires présents à la réunion.

« La société est constituée à partir de cette acceptation » (art. 25, alin. 4 et 5). Il faut que les administrateurs nommés acceptent, et que leur acceptation soit constatée par le procès-verbal. Cette disposition est d'une application facile quand les administrateurs et les commissaires sont présents à l'assemblée : ils acceptent séance tenante; c'est dans ce cas seulement, que le procès-verbal peut contenir leur acceptation. Si les administrateurs nommés ou les commissaires ne sont pas présents à l'assemblée, leur acceptation peut être constatée par acte authentique ou sous seing privé. Quand les administrateurs sont désignés par les statuts et que l'assemblée n'a pas à les nommer, comme ce sont le plus souvent les fondateurs qui s'attribuent ces fonctions, leur indication dans les statuts contient par là même leur acceptation⁽²⁾.

Qu'ils soient nommés par l'assemblée générale ou par les statuts, les administrateurs arrivés au terme de leur fonction peuvent être réélus.

103. A la différence des administrateurs, les commissaires ne peuvent être nommés que par l'assemblée générale. Si l'assemblée générale n'a pas procédé à leur nomination ou si, une fois nommés, ils sont empêchés par diverses circonstances d'exercer leur fonction,

(1) V. M. Bédarride, *op. cit.*, n° 372.

(2) V. MM. Pont, *op. cit.*, p. 194; Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, p. 165.

la loi remédie à cette situation, de la façon suivante :

« A défaut de nomination des commissaires par l'assemblée générale — dit l'article 32, alinéa 3 — ou en cas d'empêchement ou de refus d'un ou plusieurs des commissaires nommés, il est procédé à leur nomination ou à leur remplacement par ordonnance du président du tribunal de commerce du siège de la société, à la requête de tout intéressé, les administrateurs dûment appelés. »

La durée de la fonction du commissaire est d'un an; et la réélection s'applique aux commissaires comme aux administrateurs.

Par la nomination et l'acceptation des administrateurs et des commissaires, la société se trouve définitivement constituée et il ne lui reste qu'à fonctionner.

SECTION IV.

Sanction des conditions constitutives.

104. Quelle est la sanction de toutes les conditions que nous venons de voir? Que résulte-t-il, de leur inaccomplissement ou de leur accomplissement imparfait? C'est ce que nous nous proposons d'examiner.

Disons tout de suite, que la sanction de la loi est d'une rigueur qui ne connaît pas d'adoucissement.

La société anonyme, peut se constituer sans l'autorisation du gouvernement; mais sa formation est soumise à d'autres conditions prescrites à peine de nullité.

« Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés — dit l'article 41 — toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des articles 22,

23, 24 et 25 ci-dessus. » — Ces textes énoncent les conditions que nous avons étudiées plus haut, et sur lesquelles nous ne reviendrons plus.

La société est nulle vis-à-vis des intéressés, qui sont de deux sortes : les actionnaires et les tiers. La nullité en outre est d'ordre public, elle subsiste nonobstant toute ratification expresse ou tacite ou toute renonciation ⁽¹⁾. Elle ne pourrait être couverte ni par l'exécution volontaire des conventions sociales, ni même par une délibération prise par les actionnaires en assemblée générale ⁽²⁾.

Mais quelque absolue que soit cette nullité, il faut qu'elle soit judiciairement prononcée; et si les intéressés ne la demandent pas, la société existe et fonctionne quoiqu'elle soit viciée dès son origine.

105. L'action en nullité d'une société est-elle prescriptible? Trois opinions sont en présence. Une première opinion, pense que la prescription applicable est la prescription de l'article 1304 du Code civil; et voici comment on cherche à la justifier :

« Un délai de deux ans, eût été bien suffisant pour tous les intéressés; mais en l'absence de dérogation au droit commun, elle ne se prescrira que dix ans après la nullité commise, en sorte qu'elle pourra être intentée pendant toute la durée d'un grand nombre de sociétés; il n'y a que celles, dont la durée sera de plus de dix ans, qui auront le privilège de respirer enfin en toute sécurité après ce temps écoulé ⁽³⁾. »

(1) MM. Rataud à son cours; Pont, *op. cit.*, p. 316; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 228; Boistel, *op. cit.*, p. 196.

(2) Arrêt, Paris, 29 mai 1859.

(3) V. M. Vavasseur, L. de 1867, n° 262.

Une deuxième opinion, déclare l'action en nullité d'une société non recevable, si elle n'a pas été demandée dans les trente ans de sa constitution ⁽¹⁾.

Une troisième opinion enfin, veut que l'action qui nous préoccupe soit imprescriptible, car ce qui est nul et de nul effet dès le principe, ne peut pas devenir par le temps inattaquable.

« S'il n'y a jamais eu de lien — dit-on — s'il n'y a jamais eu d'associés, comment pourrait-il y en avoir tout à coup, par cela seul qu'un laps de trente ans se trouve écoulé ⁽²⁾. »

La troisième opinion est la meilleure. La société viciée, peut être comparée à un mariage incestueux. Un pareil mariage pourrait-il devenir inattaquable à la faveur d'une prescription quelconque? Non; il doit en être de même pour la société illégalement constituée. « Il ne se peut pas, qu'une société illégale dès le principe et dont la loi n'admet pas l'existence, puisse devenir légale et valable par l'effet du temps. La prescription doit rester ici hors de cause, car on l'a dit avec raison si elle est, selon la définition de la loi, un moyen d'acquérir ou de se libérer, elle ne saurait être un moyen de former une société entre des personnes qui légalement ne sont pas associées ⁽³⁾. »

106. Mais l'action en répétition des sommes versées par les actionnaires, est susceptible de prescription; elle n'est plus recevable après trente années à compter

(1) V. MM. Bédarride, *op. cit.*, nos 160 et suiv. et Rivière, *op. cit.*, p. 113.

(2) Dalloz, *Soc.*, n° 1263; MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 228; Ameline, *Rev. prat.*, t. XXIV, p. 375; Alauzet, *op. cit.*, n° 472; Pont, *op. cit.*, p. 317 et suiv.

(3) Pont, *ibid.*

du jour où le souscripteur par l'effet du versement a acquis un droit de répétition ⁽¹⁾.

107. L'action en nullité de la société est admissible même après la dissolution de la société; c'est ce qu'a reconnu la Cour de cassation, en infirmant un arrêt de la Cour d'Agen :

« Les conséquences juridiques de l'annulation d'une société — a dit la Cour suprême, — sont autres que les conséquences de sa dissolution, et l'on ne peut pas considérer comme dénuée d'intérêt, la demande qui tend à faire remonter l'annulation jusqu'à l'époque de la formation de la société ⁽²⁾. » L'arrêt de la Cour d'Agen, fut cassé pour violation des articles 1 et 6 de la loi du 17 juillet 1856, comme devrait être cassée aujourd'hui pour violation des articles 1 et 7 de la loi du 24 juillet 1867, toute décision qui admettrait la fin de non recevoir consacrée par la Cour d'Agen.

108. La liquidation de la société n'est pas non plus, un obstacle à la réussite de l'action en nullité. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens, dans une espèce où la société était nulle faute d'avoir reçu la publicité requise; les associés avaient abandonné, à la suite d'une convention intervenue entre eux, l'actif social à l'un d'entre eux, et les créanciers personnels d'un des associés firent tomber cette sorte de liquidation en faisant prononcer la nullité de la société ⁽³⁾.

Il est incontestable, qu'une fois admise la demande en nullité de la société, toute autre demande de même nature serait inutile, car la nullité une fois prononcée a

(1) Dalloz, *ibid.*

(2) V. arrêt du 3 juin 1862, S. 63.1.189.

(3) V. arrêt du 7 mars 1839, S. 39.1.397.

d'effet *erga omnes*. Le jugement qui la prononce profite à tous, sans qu'on ait plus besoin d'intenter une action ultérieure ⁽¹⁾.

109. Par qui peut être invoquée cette nullité et contre qui? L'article 7 alinéa 2, répond d'une manière tout autre que l'article 41. L'article 7, qui vise les sociétés en commandite, dit dans son dernier alinéa : « Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés; » l'article 41, qui est relatif aux sociétés anonymes, ne contient pas cette addition. Que faut-il en conclure? On pourrait prétendre, qu'en vertu de l'article 41, la nullité de la société anonyme peut être invoquée par tout intéressé, sans qu'une situation privilégiée soit faite aux tiers, qui ne pourraient pas se voir opposer la nullité de la société par les associés. Nous croyons pourtant, que l'article 41 a été rédigé dans le même esprit que l'article 7, et s'il ne porte pas la mention « cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés, » il n'y a là qu'une omission involontaire; les travaux préparatoires nous confirment dans cette idée. Voici ce que nous trouvons dans le rapport de la commission législative : « L'article 41, conforme aux principes du Code de commerce, détermine la conséquence des infractions relatives à la constitution de la société (anonyme) en elle-même : nullité à l'égard des intéressés, inopposable aux tiers par les associés, telle est la règle conforme à la tradition, à la raison et à la morale que reproduit l'article 41 ⁽²⁾. »

(1) Rej., 2 juillet 1873, *Journal du Palais*, 1873, p. 765 ou S. 73. 1.306.

(2) V. Tripiér, t. I, p. 180.

La jurisprudence est du même avis. La Cour de Paris, devant laquelle on a voulu se prévaloir du silence de l'article 41, a répondu que : « S'il n'a point été exprimé que la nullité prononcée au regard des intéressés, ne peut être opposée aux tiers par les associés, ainsi que le portent les lois antérieures et même l'article 7 de la loi du 24 juillet 1867 dont il s'agit au procès, il demeure évident que le législateur, en omettant de répéter expressément cette disposition, n'a entendu en rien déroger à un principe élémentaire et nécessaire de l'économie même des sociétés commerciales, et abolir dans la matière des sociétés anonymes, ce qui serait une inconséquence grave et un grave péril, la règle la plus constante de droit commun ⁽¹⁾. »

D'après ce que nous venons de voir, il est hors de doute que les créanciers de la société peuvent la poursuivre, la faire déclarer en faillite, quoique sa nullité ait déjà été prononcée. De même, les créanciers pourraient agir contre les actionnaires dans la mesure où ils sont tenus des obligations de la société, sans que la nullité de la société leur fût opposable.

110. Toutefois, pour pouvoir invoquer la nullité de la société, il faut y avoir intérêt. Un industriel étranger à une société, qui lui préjudicierait en lui faisant concurrence, ne pourrait pas demander la nullité de cette société. Au contraire, un actionnaire poursuivi en paiement du restant de son action, pourrait s'y soustraire en alléguant la nullité de la société; ou bien répéter ce

(1) V. arrêt du 5 février 1872, Dall. 74.2.235 et suiv.; dans le même sens, MM. Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, nos 240 et suiv.; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 249.

qu'il aurait payé en invoquant cette nullité. De même, une personne qui se serait engagée à fournir à une société des matières premières pourrait, si cette société, illégalement constituée, ne lui offrait pas des garanties de paiement suffisantes, la faire déclarer nulle pour s'exonérer de son obligation ⁽¹⁾.

Ainsi donc, la nullité peut être provoquée par les actionnaires, même s'ils n'ont pas acquitté le montant intégral de leurs actions ⁽²⁾; et *l'exécution de l'acte de société, n'empêchera la réussite de leur demande* ⁽³⁾. C'est la conséquence nécessaire du caractère absolu et d'ordre public de la nullité, qui ne peut être couverte ni par une ratification expresse, ni par une ratification tacite.

111. Les débiteurs sociaux, n'ont aucun intérêt à faire prononcer la nullité de la société; que la société existe ou qu'elle n'existe pas, leur situation est la même. Pour eux, on doit dire : pas d'intérêt, pas d'action.

Les créanciers sociaux peuvent dans tous les cas demander la nullité de la société, alors même, qu'ils auraient connu la cause de la nullité le jour du contrat.

Que faut-il décider, des créanciers personnels des associés? ont-ils le droit de provoquer la nullité de la société? Si on ne leur reconnaissait que l'action oblique de l'article 1166 du Code civil, ils ne pourraient pas profiter de la nullité, car ils seraient primés par les

(1) V. M. Pont, *op. cit.*, p. 323.

(2) V. arrêt, Paris, 5 août 1869, S. 70.2.33; Lyon, 12 janvier 1872, S. 73.2.65.

(3) V. Req., 30 janvier 1869, S. 69.1.393.

créanciers sociaux auxquels la nullité n'est pas opposable par les associés. Si on leur accordait une action directe, le droit des créanciers personnels serait plus grand que celui des associés eux-mêmes; *quid* alors?

La loi de 1867, en imposant aux sociétés l'obligation de faire connaître leur capital social par l'extrait qu'elles doivent publier, a reconnu par là aux créanciers personnels des associés, le droit de provoquer la nullité de la société en cas d'inobservation des prescriptions de la loi, tant de fond que de forme. D'ailleurs si la nullité est prononcée — peu importe à la requête de qui — la société n'a pas et n'a jamais eu une personnalité distincte de celle des associés; elle n'est qu'une communauté de fait, dont l'actif se confond avec celui des associés et devient le gage commun des créanciers de ceux-ci, sans que les créanciers sociaux puissent invoquer un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels des associés ⁽¹⁾. Ces derniers ont donc un intérêt incontestable à faire prononcer la nullité de la société, dont l'existence diminuerait à leur détriment l'actif de leurs débiteurs ⁽²⁾.

112. Dans les cas où la nullité est prononcée, la société n'en a pas moins existé, et sans plus nous inquiéter de savoir qui peut ou non se prévaloir de sa nullité, il faut voir quels sont les droits des associés et leurs obligations relativement aux gains et aux pertes que la société aurait pu faire. Il faudra, en

(1) Cass., 11 mai 1870, S. 70.1.428.

(2) V. MM. Pont, *op. cit.*, p. 326; Alauzet, *op. cit.*, n° 228; Rivière, *op. cit.*, n° 71; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 152; Delangle, *op. cit.*, n° 547; Boistel, *op. cit.*, p. 256.

d'autres termes, procéder à la liquidation de la société déclarée nulle, mais sur quelle base? On serait tenté de dire, que la société étant nulle, tout est nul, et que par conséquent, l'acte de société qui règle le mode de liquidation, ne peut avoir aucune valeur. Cela est vrai, mais il est non moins vrai que, si en droit, la société est censée n'avoir jamais existé, elle a existé en fait, et quoiqu'on en fasse il faut bien laisser aux parties le mode de liquidation que les statuts indiquent, et qu'elles ont approuvé. La Cour de Grenoble l'a jugé ainsi, et elle a décidé, que les acquisitions faites par une société nulle appartiennent aux associés dans les proportions déterminées par le pacte social lequel, nonobstant la nullité de la société, indique toujours exactement la volonté des parties contractantes ⁽¹⁾. Par la même raison, il faut dire d'une manière générale que les bénéfices faits par la société seront répartis entre ses membres selon les statuts; les pertes seront supportées par les associés, dans la mesure fixée par l'acte de société.

« Puisqu'on est forcé par une irrésistible nécessité — dit M. Troplong — d'adopter la société comme fait, il faut prendre le fait dans sa plénitude, il ne faut pas le scinder capricieusement; il ne faut pas en accepter telle partie, et en rejeter telle autre, qui a été un de ses éléments essentiels; sans quoi, la bonne foi est blessée et l'on procure un profit injuste à celui qui n'est pas moins coupable que son adversaire, pour n'avoir pas observé les formalités légales. Autrement la nullité introduite par la loi pour éviter les fraudes, serait un

(1) Arrêt du 11 juillet 1873, S. 73.2.202; Cass., 28 décembre 1871, D. 72.2.206; Pau, arr. 19 novembre 1867, S. 1868.2.12; Cas. req., 7 juillet 1879, S. 1880.1.206.

moyen de gain frauduleux pour l'un des associés peu soucieux de la parole ⁽¹⁾. »

113. Des personnes responsables. — La nullité est une sanction sévère destinée à empêcher la fondation ou du moins la continuation des sociétés qui, dans un but le plus souvent malhonnête, se soustraient à l'accomplissement des conditions exigées par la loi. Mais ce n'est pas tout. Les vices qui ont déterminé la nullité de la société, ont dû provenir de la faute de quelqu'un ou de quelques-uns ; ceux qui ont commis cette faute doivent en subir les conséquences ; ils en sont déclarés responsables par la loi. Cette responsabilité est double : civile et pénale. Voyons en quoi consiste la responsabilité civile d'abord, et nous dirons ensuite quelques mots de la responsabilité pénale.

114. C'est l'article 42 de la loi de 1867, qui pose le principe de la responsabilité civile.

« Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée, aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires.

« La même responsabilité solidaire, peut être prononcée contre ceux des associés, dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article 24. »

Cet article est littéralement reproduit de l'article 25

(1) V. Troplong, *Du contrat de société*, p. 239 ; dans le même sens, Cass. rej., 19 mars 1862, D. 62.1.407 ; Cass., 22 nov. 1869, S. 70.1. 53, et MM. Alauzet, *Comm. C. Com.*, t. II, n° 820 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 313 ; Vavasseur, *op. cit.*, n° 253 ; Pont, *op. cit.*, n° 1263.

de la loi du 23 mai 1863 ; reproduction maladroite, qui a été la cause de l'erreur suivante :

« Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent » nous dit l'article 42 ; or, l'article précédent ne parle que de la nullité de la société, et non de celle des actes et délibérations. Nous trouvons l'explication de cette erreur dans l'historique de la rédaction du texte. Un premier projet de l'article 41, contenait la double disposition de l'article 24 de la loi de 1863 ; un deuxième projet retrancha une de ces dispositions et ne parla que de la nullité de la société, et l'on a oublié de mettre l'article 42 en accord avec l'article 41. Dans sa teneur nouvelle, l'article 42, en tant qu'il a trait aux actes et délibérations, se réfère à l'article 61 qui prescrit de les publier. M. Pont, corrige donc l'article 42 comme il suit :

« Lorsque la nullité de la société a été prononcée aux termes de l'article précédent (pour vice de constitution), ou celle des actes et délibérations aux termes de l'article 61 ci-après (pour défaut de publicité), les fondateurs, etc.....

115. D'après l'article 42 ainsi corrigé, trois sortes de personnes peuvent être déclarées responsables : les fondateurs, les administrateurs et quelquefois les associés simples, mais seulement ceux, qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers. Nous avons vu ailleurs, ce que nous entendons par fondateurs et nous avons dit qu'alors même, que les fondateurs ne seraient pas actionnaires, nous ne les déchargerions pas de leur responsabilité. On conçoit facilement la raison de la lourde responsabilité qui

leur incombe. Ce sont eux, qui ont pris l'initiative de la société et qui le plus souvent doivent profiter de la réussite de l'entreprise, plus que les autres actionnaires. La responsabilité doit se mesurer aux avantages stipulés; les fondateurs sont donc obligés de veiller à l'accomplissement des conditions de constitution; bien plus, c'est à eux de les remplir. Faute par eux de s'être acquittés de cette obligation, ils encourrent la responsabilité de l'article 42.

116. Les administrateurs, sont pareillement responsables envers les tiers de la nullité de la société, sans préjudice des droits des actionnaires. La responsabilité que la loi leur impose, s'explique par l'obligation à laquelle ils sont astreints, d'examiner si la société est légalement constituée; faute par eux de le faire, ils sont responsables dans la même mesure que les fondateurs. Cette sévérité de la loi envers les administrateurs, ne s'explique-t-elle aussi par le fait, que le plus souvent, les administrateurs de la société sont ses fondateurs?

Mais quels sont les administrateurs, qui encourrent la responsabilité? la loi nous le dit : ceux qui étaient en fonctions, au moment où la nullité a été encourue, sans faire aucune distinction entre ceux nommés par l'assemblée générale, et ceux désignés par les statuts. Voici comment, le rapport justifiait la responsabilité des administrateurs :

« L'article 42 impose la responsabilité de la nullité qu'il prononce aux fondateurs, auxquels elle est imputable et aux administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, les uns parce qu'elle est leur œuvre personnelle et directe, les autres parce que, pouvant l'empêcher, ils l'ont laissé commettre et par une consé-

quence légitime de cette faute commune, il prononce la solidarité envers les tiers qui peuvent en avoir souffert, sans préjudice du droit des actionnaires⁽¹⁾. »

117. La jurisprudence, a eu bien des fois à se prononcer sur la responsabilité des administrateurs. Dans une affaire venue devant la Cour de Paris, il s'agissait d'administrateurs qu'on voulait faire déclarer responsables pour défaut de versement du quart; la Cour a fait droit à la demande. « L'article 25 — disait-elle dans son arrêt — établit cumulativement la responsabilité solidaire des fondateurs et des administrateurs. Pour savoir si ces derniers sont responsables, il faut uniquement constater, s'ils sont en fonctions au moment où la nullité est encourue. Or, ce moment n'est pas celui où intervient la déclaration du versement du capital faite par les fondateurs, mais celui auquel la société a été constituée; ce n'est pas en effet, la nullité de la déclaration du versement, mais la nullité de la société qui est prononcée par la loi. Si le germe de cette nullité se trouve dans la déclaration inexacte des fondateurs, la cause déterminante est la constitution de la société avant le versement du quart du capital. La société ne peut pas être annulée avant d'avoir été constituée et aux termes de l'article 6 de la loi du 23 mai 1863, elle n'est constituée qu'après l'acceptation des administrateurs des fonctions qui leur sont confiées⁽²⁾. »

118. Les associés qui ont fait des apports en nature

(1) Tripiér, t. I, p. 181.

(2) Paris, arrêt du 28 mai 1869, D. 69.1.323; Cass., 27 janvier 1873, D. 73.1.331. Dans la doctrine : MM. Bédarride, *op. cit.*, p. 186; Pont, *op. cit.*, p. 356 et suiv., et Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, p. 208 et suiv.

ou stipulé des avantages particuliers, peuvent, quelquefois, être déclarés responsables; c'est, quand les apports ou avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés par l'assemblée des actionnaires, conformément à l'article 24. Mais ces associés ne peuvent être déclarés responsables de la nullité de la société, qu'au cas où, cette nullité serait résultée du défaut de vérification des apports et avantages.

« Comment en effet, — s'exprime le rapport de la commission — ne pas confondre avec les fondateurs et les administrateurs en fonctions, les associés dont les apports et les avantages particuliers, imposent les formalités dont l'absence motive la nullité? Intéressés plus que personne à leur strict accomplissement, ils doivent répondre de leur omission. »

Par conséquent, les associés apporteurs ou avantageés, devront encourir la même responsabilité que les fondateurs, toutes les fois que la vérification prescrite par l'article 24 aura été omise, et que cette omission aura été la cause de la nullité prononcée.

La responsabilité que la loi leur impose se justifie encore, par la confusion qui se produit souvent entre la qualité de fondateur et celle d'associé apporteur ou avantageé.

119. La responsabilité des fondateurs et des administrateurs est obligatoire, en ce sens que, le rôle du juge se réduit à une double constatation : constater que ceux contre qui on recourt sont les fondateurs de la société ou les administrateurs en fonctions, et qu'une des conditions essentielles pour la valable fondation de la société n'a pas été remplie. Ces deux faits constatés, le juge doit déclarer responsables les fondateurs

et les administrateurs. La responsabilité des associés apporteurs ou avantagés est facultative, le juge peut ne pas la déclarer, même si la vérification n'a pas eu lieu. Cela résulte du texte de la loi, qui fait une grande différence entre les fondateurs et les administrateurs et entre les associés apporteurs ou avantagés. Pour les deux premiers, la loi dit « sont responsables, » pour les autres « la responsabilité peut être prononcée. » En conséquence, en cas de nullité de la société pour vice de constitution, la responsabilité civile des fondateurs et administrateurs en fonctions au moment où la nullité est encourue, est de droit; et en cas de nullité provenant de l'omission de vérification, les associés qui ont fait des apports en nature ou qui ont stipulé des avantages particuliers, peuvent être affranchis par le juge de toute responsabilité.

Mais si les associés apporteurs, ont été déclarés responsables, la responsabilité qu'ils encourent est la même que celle des fondateurs et administrateurs, c'est-à-dire solidaire.

120. Envers qui, ces trois catégories de personnes sont-elles astreintes à une responsabilité si sévère? envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires; ce qui veut dire, que l'action en responsabilité appartient aux créanciers et aux actionnaires.

Quelle est l'étendue de cette responsabilité? on ne s'accorde pas. La loi ne s'étant pas expliquée sur cette question, on a cherché dans les discussions au Corps législatif s'il s'agissait d'une responsabilité indéfinie s'étendant à toutes les dettes, ou bien une responsabilité moindre, limitée au montant du dommage. L'article 42 qui parle de la responsabilité est, ainsi que

nous l'avons déjà dit, la reproduction textuelle de l'article 25 de la loi du 23 mai 1863; or, cet article 25, dans sa rédaction primitive, était ainsi conçu : « Les fondateurs et administrateurs seraient responsables solidairement et par corps envers les tiers de la totalité des dettes sociales, sans préjudice des droits des actionnaires. » On n'admit pas cette première rédaction et on en adopta une autre, qui ne différait de la précédente que par la suppression des mots « de la totalité des dettes sociales; » or, telle est encore la rédaction de l'article 42. A l'argument qu'on tire de cet incident de la rédaction du texte, on ajoute le témoignage de M. Duvergier, qui prit une très grande part à l'élaboration de la loi de 1863. Sur l'article 25, M. Duvergier s'exprime ainsi : « Le projet déterminait l'effet de la responsabilité à l'égard des tiers, il déclarait que les administrateurs étaient tenus au paiement de la totalité des dettes. Cette disposition a été modifiée, afin de laisser aux tribunaux le pouvoir de mesurer l'étendue de la responsabilité et de la proportionner au dommage qu'auront éprouvé soit les tiers, soit les associés ⁽¹⁾. »

D'après ce que nous venons de voir, on croit que la pensée de la loi a été d'astreindre les administrateurs et les fondateurs, à une responsabilité limitée au préjudice réellement causé aux tiers par l'annulation de la société, et non pas indéfinie ⁽²⁾.

121. La jurisprudence est d'un avis tout à fait contraire, pour elle « les fondateurs et les administra-

(1) V. *Collection des lois*, année 1863, p. 387.

(2) V. dans ce sens MM. Pont, *op. cit.*, p. 366 et suiv.; Boistel, *op. cit.*, p. 227; Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 244.

teurs auxquels la nullité de la société est imputable, en étant déclarés par la loi responsables envers les tiers, il s'en suit qu'ils se trouvent ainsi substitués à l'être moral qui, par leur faute ou leur négligence, est reconnu n'avoir pas d'existence légale et sont tenus des mêmes obligations; qu'ainsi les juges du fond n'ont pas fait une fausse application de la loi, en les déclarant responsables de la totalité des dettes sociales (1). »

Cette jurisprudence est approuvée par un grand nombre d'interprètes.

« Les expressions de l'article 42 — disent MM. Lyon-Caen et Renault — établissent une différence essentielle; à l'égard des actionnaires, la responsabilité se proportionne au préjudice causé par l'annulation; à l'égard des tiers, la responsabilité solidaire n'est pas limitée, et existe même au cas où une cause étrangère à l'annulation de la société aurait empêché de payer les dettes sociales. La société étant annulée à raison des vices de sa constitution, le bénéfice de la responsabilité limitée est enlevé aux administrateurs et fondateurs. Si tel n'était pas le sens de l'article 42, cet article serait inutile, puisque l'article 44 pose le principe, que les administrateurs sont responsables envers la société ou les tiers, quand ils ont contrevenu à la loi ou commis des fraudes (2). »

122. La responsabilité pénale. — L'inaccomplissement des conditions constitutives, ne donne pas lieu seulement à la responsabilité civile des fondateurs et

(1) Rejet, 27 janvier 1873 et 13 mars 1876, D. 73.1.331 et 77.1.49.

(2) *Op. cit.*, p. 251; aussi Rivière, *op. cit.*, n° 27.

administrateurs, mais aussi à une responsabilité pénale. L'article 13, auquel fait allusion l'article 45, dit que « l'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2 et 3 de la présente loi, est punie d'une amende de 500 à 10,000 francs. »

L'infraction des fondateurs, consistera dans le fait d'avoir émis des actions d'une valeur inférieure soit à 100 francs, soit à 500 francs, suivant que le capital social est inférieur ou supérieur à 200,000 francs; d'avoir négocié les actions avant que le quart ne fût versé; etc. La loi de 1856 sur les sociétés en commandite par actions, contenait dans son article 11, une pénalité bien plus rigoureuse, qui était « un emprisonnement de huit jours à six mois et une amende de 500 à 10,000 francs ou l'une de ces peines seulement. » Le législateur de 1867 se montra moins sévère, et n'édicta que l'amende; voici quels furent les motifs de cet abaissement de peine, motifs indiqués par le rapport de la commission législative :

« Les pénalités excessives affaiblissent la répression au lieu de la fortifier. La loi, ne doit être qu'un rapport de justice entre la peine et le fait incriminé. Là, où la peine est disproportionnée, elle trouble la conscience du juge sans posséder cependant une suffisante action préventive. Or, le fait d'émettre des actions d'une société constituée sans que les conditions prescrites par les articles 1, 2 et 3 aient été toutes strictement observées, alors qu'aucune circonstance n'en vient aggraver le caractère, ressemble plus à une contravention qu'à un délit. Et punir une simple contravention de l'emprisonnement, c'était dépasser la mesure;

l'amende de 500 à 10,000 francs répond à la nature et à la gravité du fait ⁽¹⁾. »

123. La négociation des actions, a particulièrement attiré l'attention du législateur. Il défend la négociation d'une action, quand on ne s'est pas conformé aux articles 1, 2 et 3 de la loi. Encoureront la peine de l'amende de 500 à 10,000 francs ceux qui auraient négocié des actions d'une valeur inférieure à 100 et 500 francs, ou dont aucune partie n'est versée. Il est inutile de dire, que la négociation dont parle la loi n'est que la négociation commerciale, qui a lieu par endossement, transfert, tradition des titres, etc.; mais si la négociation a lieu conformément au Code civil, la pénalité de l'article 14 ne sera pas encourue.

Sont punies de la même peine — dit l'article 14, alinéa 2 — toute participation à ces négociations et toute publication de la valeur desdites actions. — Par cette disposition, la loi frappe : l'aliénation de l'action, le cessionnaire et les intermédiaires, banquiers, agents de change qui tous deviennent complices d'un fait prohibé. Le même article 14 alinéa 2, prohibe la publication des valeurs dont la négociation est interdite, de quelque manière que soit faite cette publicité.

124. L'article 15 applique l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application dont il est susceptible, à tous les actes constituant le délit d'escroquerie, aux personnes suivantes :

1° A ceux qui par simulation de souscription ou de versement, ou par publication faite de mauvaise foi de souscription ou de versements mensongers, ou de

(1) V. Tripier, p. 138 et suiv.

tous autres faits inexacts, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements. — Pour qu'on soit atteint par cette disposition, il faut qu'on ait de mauvaise foi simulé des souscriptions; le fait matériel n'est pas suffisant, il faut en outre l'intention criminelle. « Simuler des souscriptions ou des versements, ou d'autres faits faux... — disait le rapport de la commission — ce n'est pas seulement commettre une faute dommageable à autrui, c'est enfreindre intentionnellement la loi morale, attenter à la propriété ou le tenter par le mensonge et par la ruse, et les sévérités de la loi n'ont rien d'excessif pour de tels actes. » C'est ainsi que fut motivé l'article 15 qui a été édicté dans le but de punir la fraude, de quelque manière qu'elle se produise.

2° Ceux qui pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de mauvaise foi, publié les noms des personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque.

3° (l'art. 45). Les administrateurs qui, en l'absence d'inventaire, ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront distribué des dividendes fictifs, seront punis de la peine qui est prononcée dans ce cas par le n° 3 de l'article 15 contre les gérants des sociétés en commandite.

L'article 16 de la loi, donne au juge la faculté d'accorder des circonstances atténuantes et d'abaisser les pénalités contenues dans les articles 13, 14 et 15 de la loi de 1867.

SECTION V.

La publicité des sociétés anonymes.

125. « C'est par la publicité, dit un savant professeur, que la société entre dans le monde des affaires; c'est par elle, que l'être moral atteste son existence et pose les bases de son crédit ⁽¹⁾. » C'est en faisant connaître le but de l'association, les moyens qu'elle emploiera à l'atteindre et les personnes qui la composent, qu'on parviendra à convaincre le public du caractère sérieux de l'entreprise.

La publicité, telle qu'elle était organisée par le Code de 1807 et par les lois de 1856 et de 1863, avait soulevé de nombreuses plaintes; car elle ne constituait — comme disait le rapporteur de la loi de 1867 — que l'apparence, et non la réalité d'une publicité sérieuse.

La publicité réglementée par la loi de 1867, est commune à toutes les sociétés commerciales, quelle que soit la forme sous laquelle elles se présentent.

En ce qui concerne les sociétés anonymes, même sous l'empire du Code de commerce, la pratique avait établi la règle, que l'acte de société devait être publié. D'un autre côté, l'article 45 du Code de 1807 exigeait que l'ordonnance d'autorisation et les statuts organiques reçussent une publicité particulière par l'insertion au Bulletin des lois et par un affichage. La loi de 1863, ordonnait que dans la quinzaine de la constitution de la société, on déposât au greffe du tribunal de commerce,

(1) V. l'art. de M. Beudant, *Rev. prat.*, t. XXV, p. 305.

l'acte de société ainsi que les actes les plus importants qui achèvent la constitution de la société ou qui modifient, par la suite, son mode de fonctionnement et son capital social.

La même loi prescrivait l'affichage, dans le même délai de quinzaine, des pièces déposées au greffe ; cet affichage devait être fait d'une manière apparente dans les bureaux de la société ; en outre, la mention de la nature de la société et du montant du capital social, devait figurer dans les actes, annonces, factures, publications et autres documents émanés de la société (art. 8, 9, 10 et 11, l. de 1863). Mais ce n'était pas suffisant, et la publicité ainsi organisée était imparfaite. La loi de 1867 voulut donner à la publicité des sociétés commerciales plus d'extension ; nous allons voir comment elle s'y prit.

126. « Dans le mois de la constitution de toute société — dit l'article 55 — un double de l'acte constitutif, s'il est sous seing privé, ou une expédition, s'il est notarié, est déposé au greffe de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société. »

Ainsi donc, dans le mois de la constitution de la société, deux dépôts doivent être faits, l'un au greffe de la justice de paix et l'autre au greffe du tribunal de commerce. A l'acte constitutif de la société, doivent être jointes les pièces suivantes :

1° Une expédition de l'acte notarié constatant la souscription du capital social et le versement du quart ;

2° Une copie certifiée conforme des délibérations prises par l'assemblée générale conformément aux articles 4 et 24 ;

3° Spécialement pour la société anonyme, il faut ajouter une liste nominative dûment certifiée des souscripteurs, contenant les noms, prénoms, qualité, demeure et le nombre d'actions de chacun d'eux. — Pourquoi exiger pour la constitution d'une société anonyme, la publication de la liste nominative des souscripteurs qui n'est pas requise pour les autres sociétés par actions? Son utilité serait la même. « Peut-être — répond M. Beudant — le législateur a-t-il considéré, que les créanciers sociaux ont dans la société anonyme un intérêt particulier, résultant de ce que cette forme d'association, n'offre pas comme la commandite la garantie d'un gérant responsable. »

La même publicité doit être donnée aux changements apportés au mode de fonctionnement de la société ou au capital social, comme à toute modification importante que les tiers ont intérêt à connaître.

127. Le double dépôt exigé par l'article 55, serait sans utilité si on ne permettait pas à toute personne d'en prendre connaissance, aussi la loi dit-elle dans son article 63 alinéa 1, que :

« Lorsqu'il s'agit d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme, toute personne a le droit de prendre communication des pièces déposées au greffe de la justice de paix et du tribunal de commerce ou même de s'en faire délivrer à ses frais expédition ou extrait par le greffier ou par le notaire détenteur de la minute. »

De même, on peut prendre connaissance des statuts au domicile de la société, et s'en faire délivrer une copie moyennant une somme, à la portée de tout le monde, qui ne peut excéder un franc.

Enfin, la société doit se faire connaître et révéler au public ce qu'il a le plus d'intérêt à connaître; à cet effet, elle doit observer l'article 64, qui veut que :

« Dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents imprimés ou autographiés émanés des sociétés anonymes ou des sociétés en commandite par actions, la dénomination sociale doit toujours être précédée ou suivie immédiatement de ces mots écrits lisiblement en toutes lettres : « société anonyme ou société en commandite par actions et de l'énonciation du montant du capital social. »

Il faut que les tiers connaissent quelle sera la responsabilité des associés, et les garanties qu'offre la société.

128. La presse offre un autre moyen de rendre publiques la constitution et l'existence de la société. Les indications essentielles relatives à la constitution de la société, ne sont contenues que dans les pièces qui font l'objet du double dépôt, elles risqueraient d'être peu connues sans la presse. La presse annonce la formation de la société, elle en répand la nouvelle, elle en fait un événement⁽¹⁾. Le rôle de la presse n'a nulle part été mieux défini, qu'au Corps législatif par M. Duvergier :

« Il ne faut pas en effet — disait-il — que ce soit par la lecture que fait individuellement chaque personne intéressée à connaître l'existence d'une société, que la notoriété soit acquise à l'acte constitutif. A ce compte-là, il y aurait bien peu de sociétés connues du public; car, certainement, je ne crois pas que même

(1) M. Beudant, *Rev. prat.*, t. XXV, p. 314.

les négociants les plus intéressés à connaître la constitution des différentes sociétés, passent leur temps à feuilleter les journaux désignés pour les annonces légales. Comment la publicité résulte-t-elle de l'insertion dans les journaux? Il suffit qu'un seul individu, ou qu'un très petit nombre d'individus prennent connaissance des insertions faites dans un journal, pour que tout de suite la publicité que l'on doit chercher soit acquise. En effet, comme l'a dit l'honorable M. Mathieu lui-même dans son rapport supplémentaire, quand dans les petites localités une insertion a été faite dans le journal unique destiné à faire connaître les actes de société, aussitôt tout le monde en est informé, non parce que tout le monde l'a lue, mais parce que de bouche en bouche on se répète qu'une société par actions a été constituée; il suffit qu'une seule personne ait lu le journal, pour que tout le monde connaisse l'acte de société. L'expérience de chaque jour démontre que c'est ainsi que se fait la publicité ⁽¹⁾.

C'est dans cette intention, que l'article 56 exige que :

« Dans le même délai d'un mois, un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées soit publié dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales. »

Cette exigence est très importante, et elle a la même sanction que les conditions constitutives. L'article 56 qui veut que la société n'ait pas une existence occulte, ne se contente pas de prescrire à peine de nullité, qu'elle soit publiée; il veut encore, qu'il soit justifié de la publication faite par un exemplaire du journal certi-

(1) Tripier, t. II, p. 562.

fié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date.

Il est donc impossible, de se soustraire à l'obligation de donner à la société la publicité voulue par la loi; faute d'obéir à ses prescriptions, on fonde une société inexistante à ses yeux.

129. L'extrait publié dans un des journaux d'annonces légales, doit contenir les mentions énumérées par les articles 57 et 58, savoir :

1° L'indication de la forme anonyme de la société; 2° la dénomination qu'elle a adoptée et son siège social; 3° l'énumération des associés qui l'administrent; 4° le montant du capital social en numéraire et en autres objets, la quotité à prélever sur les bénéfices pour composer le fonds de réserve; enfin 5° l'époque où la société commence, celle où elle doit finir et la date des dépôts faits aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce.

L'extrait doit en outre être signé, si l'acte de société est authentique par le notaire qui l'a reçu, et s'il est sous seing privé par les administrateurs (art. 60).

Dans le cas où la société aurait des succursales dans plusieurs arrondissements, le dépôt de l'acte de société ainsi que la publication de l'extrait doit avoir lieu dans tous les arrondissements et dans le même délai d'un mois.

130. Si dans le délai, la publicité n'a pas eu lieu, il y a nullité de la société. Mais quelle sorte de nullité; est-ce une nullité absolue que rien ne pourra couvrir? Non. Il est évident, que les intéressés pourront provoquer la nullité de la société, pour le motif qu'elle n'a pas été publiée dans le délai voulu par la loi; mais si

personne n'a pas demandé la nullité, la publicité de la société peut avoir lieu, même passé un mois depuis sa constitution.

« Tant que l'acte n'a pas été rendu public — dit M. Beudant — la société n'a pas d'existence légale; la demande en nullité formée avant l'accomplissement des formalités de publication postérieurement à l'expiration du délai légal, doit être accueillie nonobstant la publication faite plus tard. Cette publication, quoique tardive, rend non recevable toute action qui serait ultérieurement formée : voilà le système de la loi (1). »

Le point de départ du délai d'un mois est assurément la constitution définitive de la société; et la société anonyme — nous le répétons — n'est définitivement constituée, que lorsque la dernière des conditions exigées par la loi est accomplie; c'est alors seulement que le délai d'un mois commence à courir.

131. Quelles sont les conséquences de l'inobservation des prescriptions légales relatives à la publicité? Le législateur de 1867 s'est montré très sévère; il n'a pas voulu connaître d'autre sanction que la nullité. Il a pensé que, dispensant les sociétés anonymes de l'autorisation préalable, il ne pouvait sanctionner trop rigoureusement les règles qui en tenaient lieu.

« Les formalités prescrites par l'article précédent — dit l'article 56 — et par le présent article, seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés, mais le défaut d'aucune d'elles, ne pourra être opposé aux tiers par les intéressés. »

(1) *Rev. prat.*, t. XXV, p. 327; MM. Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, p. 273; Delangle, t. II, p. 179; Rivière, *op. cit.*, p. 376.

La même sanction est donc appliquée aux conditions intrinsèques de la fondation des sociétés, qui garantissent leur caractère sérieux, qu'aux conditions de forme qui sont l'indice plus ou moins sûr de leur honnêteté.

D'après l'article 56, la société non publiée est nulle pour les associés, sa nullité est *in facultate creditorum* pour les tiers. Les associés peuvent se prévaloir les uns vis-à-vis des autres de la nullité de la société; à l'égard des créanciers sociaux, la loi ne leur accorde pas ce droit.

Les créanciers sociaux doivent prendre conseil de leur intérêt; ils peuvent, si ce leur est avantageux, tenir la société pour valable, même quand elle n'a pas reçu la publicité voulue; ils peuvent invoquer aussi la nullité de la société occulte, si son existence leur porte préjudice.

Pour des motifs que nous avons fait connaître ailleurs, nous pensons que les créanciers personnels des associés peuvent opposer la nullité de la société aux créanciers sociaux ⁽¹⁾. La théorie contraire a été soutenue par M. Bravard.

« Ce qui prouve — dit-il — que les créanciers personnels d'un associé sont non recevables, à se plaindre d'une diminution d'actif résultant pour leur débiteur de la formation d'une société non publiée, c'est que la publicité en matière de société n'est destinée qu'à porter à la connaissance du public les éléments constitutifs de la société, qu'elle ne lui apprend pas le montant

(1) Ch. req., 13 février 1853, S. 53.1.721; Rennes, 6 mars 1869, D. 70.2.225; Grenoble, 11 juillet 1873, D. 74.2.167; MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 153.

des apports, de sorte que la publication de l'extrait de l'acte de société, n'apprendrait nullement aux créanciers personnels d'un associé que tels biens sont sortis du patrimoine de l'associé leur débiteur, pour entrer dans celui de la société, que ces biens ont cessé d'être leur gage et sont devenus celui des créanciers sociaux. En effet, la loi qui indique les énonciations que doit contenir cet extrait seul destiné à être publié, ne fait aucune mention des apports ⁽¹⁾. » Mais comme le fait remarquer avec beaucoup de justesse un savant professeur de cette école, l'argumentation de M. Bravard a beaucoup perdu de sa valeur, car l'article 57 de la loi du 24 juillet 1867, veut que même s'il s'agit d'une société en nom collectif, on indique le montant du capital social dans l'extrait qui doit être publié ⁽²⁾.

Résumons-nous et disons, que la nullité de la société sera encourue toutes les fois que le double dépôt prévu par l'article 55 n'aura pas été fait et que l'extrait de l'acte de société conformément aux articles 56, 57 et 58, n'aura pas été publié; de même que toute modification apportée aux dispositions essentielles de l'acte de société sera nulle, si elle n'a pas été rendue publique conformément aux prescriptions de la loi.

132. L'article 64, veut que dans tous les actes, factures, documents, etc., imprimés ou autographiés, la dénomination sociale soit précédée ou suivie des mots : « société anonyme » et de l'énonciation du capital social. Le même article, contient la sanction de la disposition qu'il prévoit et cette sanction n'est pas la nul-

(1) V. Bravard, t. I, p. 194.

(2) V. l'article de M. Beudant, *Rev. prat.*, t. XXV, p. 337; dans le même sens, Rivière, *op. cit.*, p. 375.

lité, c'est une simple amende. « Toute contravention aux dispositions qui précèdent — dit l'article — est punie d'une amende de 50 francs à 1,000. »

L'article 63 qui exige qu'un affichage apparent ait lieu aux bureaux de la société, est resté sans sanction, et comme on n'étend pas les pénalités par analogie, il faut décider que l'article 63 n'a pour toute sanction, que la responsabilité civile des administrateurs vis-à-vis de ceux, auxquels l'inobservation de la disposition législative porterait préjudice⁽¹⁾.

Quelle est la sanction de l'article 59; la publicité contenue dans cet article, est-elle exigée à peine de nullité? on pourrait en douter, la loi ne s'étant pas exprimée à cet égard. Malgré son silence, nous pensons que les dispositions de l'article 59, sont trop importantes pour n'avoir pas de sanction, et nous croyons que l'intention du législateur a été de punir l'inobservation de l'article 59 de la même peine que celle de l'article 56. Ce qui nous fortifie dans cette pensée, c'est que le Code de commerce dans son article 42, déclarait nulle la société, qui n'avait pas procédé à la publication de l'extrait et au double dépôt dans tous les arrondissements où elle avait des succursales⁽²⁾.

(1) M. Beudant, article cité.

(2) Dans ce sens, Rivière, *op. cit.*, p. 387; *contra*, MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 151.

CHAPITRE IV.

LE PROJET SÉNATORIAL.

133. La loi de 1867, en vigueur depuis dix-sept ans à peine, ne répondait déjà plus aux exigences des sociétés par actions. De l'aveu même du gouvernement, elle aurait eu besoin d'être révisée après deux ans d'existence. Ce n'est pas cependant qu'elle ait été trop rapidement élaborée, car nous savons qu'elle fit l'objet d'études approfondies qui ne durèrent pas moins de trois ans; mais ce n'est pas une longue élaboration qui fait la bonté de la loi, et, pour la loi sur les sociétés par actions, l'expérience n'a pas tardé à démontrer les vices et les défauts de cet instrument de rénovation⁽¹⁾.

Le gouvernement se préoccupa dès 1875, de réviser la loi sur les sociétés par actions, et nomma une commission extra-parlementaire qui se réunit la même année, mais sans résultat. Une autre commission, nommée en 1882, fut plus heureuse et elle indiqua dans le rapport adressé au gouvernement, les modifications qu'elle jugeait nécessaires d'introduire dans la loi sur les sociétés. A la suite de ce rapport, le gouvernement déposa au Sénat un projet de loi, où l'é-

(1) Rapport au Sénat par M. Bozérián.

minent jurisconsulte M. Bozérian, sénateur, fit un rapport remarquable par sa clarté d'exposition et la sagesse des aperçus qu'il renferme.

134. Le fond du projet voté par le Sénat est emprunté à la loi de 1867 qui, dans beaucoup de ses dispositions, a été laissée intacte.

« Vous le savez — disait M. Bozérian — nous n'avons fait, permettez-moi cette expression, qu'emboîter le pas sur le législateur de 1867; comme je vous l'ai dit, nous ne sommes ni des novateurs, ni des téméraires. En nous faisant imitateurs et copistes, nous avons fait acte de sagesse et de prudence; je pense que le Sénat voudra bien ratifier la décision de la commission ⁽¹⁾. »

Le texte de loi sur les sociétés arrêté au Sénat dès 1884, attend encore la consécration de la Chambre. Ce n'est donc pas encore une loi, mais un simple projet dont l'exposé ne nous retiendra pas longtemps; nous nous contenterons d'indiquer les modifications apportées à la loi de 1867.

135. L'article 1^{er} de la loi de 1867, a subi une modification en ce qui concerne la valeur nominale des actions. D'après cet article, les actions doivent être d'au moins 100 francs si le capital social n'excède pas 200,000, et de 500 francs s'il est supérieur à ce chiffre. L'article 3 du projet permet que les actions soient de 50 francs au moins, lorsque le capital social n'excède pas 100,000; de 100 quand le capital est supérieur à 100,000 mais inférieur à 200,000; et de 500 quand le capital est supérieur à 200,000.

(1) Sénat, séance du 22 novembre 1884.

En outre, la loi en vigueur ne s'occupe pas du *bulletin de souscription*. Le Sénat a cru, qu'il y avait là un oubli fâcheux et a cherché à le réparer. L'article 4 du projet fait connaître les indications qui doivent être insérées dans le bulletin de souscription, et qui sont :

L'objet de la société,

Le montant du capital social,

La partie du capital social représentée par des apports en nature,

La partie du capital à réaliser en espèces,

Les avantages particuliers réservés aux fondateurs,

La date de la publication du projet d'acte de société dans le journal destiné à recevoir ces sortes de publications.

Ces indications doivent en outre, être contenues dans toutes les affiches, prospectus, insertions, etc., leur omission est pour les fondateurs, une cause de responsabilité civile et pénale. L'action en responsabilité appartient sans doute, aux personnes qui ont souffert de l'omission; mais il faut qu'elle soit exercée dans un bref délai, car elle se prescrit par un an à compter de la publication de l'acte constitutif.

136. Pour *les apports en nature*, nous constatons des modifications importantes. Ainsi, d'après l'article 7 du projet sénatorial, les apports en nature ne peuvent être représentés que par des actions libérées en totalité. Cette mesure a paru si sage au Sénat, qu'il l'a adoptée à l'unanimité. Il n'y a eu de divergences de vue au Palais du Luxembourg, que pour la deuxième partie de l'article 7.

Nous avons fait connaître ailleurs, ce qui concerne les actions attribuées aux associés apporteurs; ceux-ci

deviennent propriétaires des actions qui leur sont accordées en échange des biens apportés. Comme propriétaires, ils en disposent comme ils l'entendent; il n'en serait plus ainsi, si le projet sénatorial acquérait force de loi. En effet :

« Ces actions (attribuées aux apporteurs) ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société.

« Pendant ce temps, elles devront, à la diligence des administrateurs, être frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de cette constitution. »

Comme M. Denormandie critiquait cette disposition, un membre de la commission, M. Ronjat, la défendit en ces termes :

« La prohibition proposée par la commission est-elle justifiée? Il me semble que oui : car quelles que soient les précautions prises au moment de la constitution de la société pour que les apports en nature ne reçoivent pas des estimations exagérées, ces précautions seront bien souvent inefficaces; la vérification par une assemblée, par des experts, n'empêchera pas certaines fautes de se produire; elle n'empêchera pas que les apporteurs en nature, qui sont les grands artisans de ces fraudes, n'induisent en erreur les souscripteurs sérieux, ceux qui apportent leurs capitaux et versent réellement en espèces.

« En conséquence, la commission a pensé qu'une dernière précaution était à prendre : c'était de lier, pendant un certain délai, un délai de deux ans, les apporteurs en nature et leur dire : Malgré la vérification faite par l'assemblée, malgré la vérification

faite par les experts, nous n'avons pas en vous une pleine confiance et nous exigeons que vos actions restent non pas précisément indisponibles, mais non négociables pendant ces deux ans; parce que, pendant ce temps-là, si vous n'avez pas fait un apport sérieux, si ce que vous avez apporté ne vaut rien, si vous avez trompé les actionnaires qui versent des espèces, la fraude sera découverte, et alors vous serez soumis à une responsabilité véritablement effective; de plus, vous ne pourrez pas profiter vous-mêmes de la fraude que vous avez organisée ⁽¹⁾. »

Il faut avouer, que cette mesure est excessive et que cette précaution exagérée est d'une flagrante iniquité. Est-il juste que les associés apporteurs, qui se sont dessaisis de leurs biens, n'aient pas le droit de profiter tout de suite du prix qu'ils en ont touché, tandis que les actionnaires qui ont versé des espèces peuvent négocier leurs actions aussitôt la société constituée?

Avec la situation que le projet sénatorial fait aux apporteurs, on trouverait difficilement des personnes consentant à effectuer des apports; et les sociétés en souffriront.

137. Les avantages particuliers n'ont pas été mieux traités par le Sénat. La loi de 1867 permet qu'on accorde des actions à certains associés; le projet sénatorial veut, que les avantages accordés ne consistent qu'en bénéfices.

« Ces titres (qui représentent les avantages accordés aux fondateurs) dit l'article 8, ne donnent droit qu'à une part dans les bénéfices, lesquels, sauf stipulation

(1) Sénat, séance du 18 novembre 1884.

contraire, sont calculés après prélèvement d'un intérêt de 5 0/0 au moins au profit des actions. »

De même sera considéré comme un bénéfice auquel les fondateurs pourront avoir droit pour partie, l'actif distribuable au moment de la liquidation, après remboursement du capital aux actionnaires.

138. L'assemblée des actionnaires — d'après le projet sénatorial ainsi que d'après la loi actuellement en vigueur — devra se réunir, après que le capital social sera intégralement souscrit et le quart de chaque action versé. Cette assemblée aura, entre autres attributions, celle de procéder à la vérification de la déclaration faite par les fondateurs. A ce propos, il faut remarquer que cette vérification ne sera plus laissée aux seuls actionnaires, comme sous la loi de 1867. Il faut, avec l'article 9 du projet, distinguer suivant que l'assemblée des actionnaires veut rester chargée de la vérification ou qu'elle veut en charger des experts.

La loi de 1867 ne connaît que le premier cas; le deuxième est une innovation du projet. L'innovation consiste en ce que, si le quart des actionnaires présents le demandent, la déclaration des fondateurs est soumise à l'appréciation d'un ou de trois experts nommés par le président du tribunal de commerce du lieu où le montant des versements a été déposé. D'autre part, le rapport de ces experts devra être imprimé et distribué à chaque actionnaire dix jours au moins avant la réunion de la deuxième assemblée.

139. Pour les *apports en nature* et les *avantages particuliers*, il y aura, comme sous la loi actuelle, deux assemblées générales : la première nommera des commissaires chargés d'évaluer les apports et d'examiner

la cause et l'importance des avantages stipulés; la deuxième statuera sur cette appréciation. Ces deux assemblées, doivent avoir lieu à intervalle de cinq jours. De sorte que l'article 11 du projet reproduit l'article 4 de la loi actuelle, sauf l'addition des deux alinéas suivants :

« Dans tous les cas, si le quart des actionnaires présents le demande, il doit être procédé à la vérification de la valeur des apports ainsi que de la cause et de l'étendue des avantages, par un ou trois experts désignés contradictoirement avec un délégué des réclamants par le président du tribunal de commerce du lieu du siège social.

« L'expertise est poursuivie aux frais de la société, à la requête de la partie la plus diligente. »

140. Sous la loi actuelle, la vérification des apports n'a pas lieu, quand ces apports appartiennent par indivis à tous les associés; c'est ce que déclarait encore l'article 13 du projet, avec cette différence que d'après cet article, les actions de la société ainsi constituée n'étaient négociables, que deux ans après la constitution de la société. Sur un amendement de M. Denormandie, ainsi conçu :

« Dans toute société par actions dans laquelle il sera fait des apports en nature, le capital souscrit en numéraire devra être d'un dixième au moins de la valeur donnée aux apports »,

Le Sénat soumit les apports en nature, même ceux appartenant par indivis à tous les associés, à la vérification de trois experts nommés par le président du tribunal de commerce du siège social, à la requête des fondateurs; les actions attribuées aux apporteurs n'é-

tant d'ailleurs négociables, que deux ans après la constitution de la société.

141. C'est surtout sur *la publicité* à donner aux sociétés, que devait se porter l'attention du Sénat. La publicité requise par la loi de 1867 est assez incomplète et réussit très imparfaitement à faire connaître la société au public. Le système de la loi actuelle subventionne indirectement — comme le dit M. Bozérian — la presse agréable; il présente encore l'inconvénient d'être peu pratique.

« A Paris et dans le département de la Seine, on peut faire les annonces légales dans treize journaux ⁽¹⁾. Je vous demande un peu — disait M. Bozérian — comment l'intéressé saura, à quel journal s'adresser pour trouver le renseignement dont il a besoin.

« Faudra-t-il qu'il parcoure ces treize feuilles? c'est impossible. Pour remédier à cet inconvénient, la commission s'est demandée, s'il n'était pas possible d'adopter un autre système. A cet égard, comme sur d'autres points, la commission, après le gouvernement, n'a pas eu le mérite de l'invention. Tous deux se sont bornés à jeter les yeux sur les pays environnants et ils ont vu fonctionner avec succès dans certains pays, notamment en Belgique, un système qui n'est autre que celui que nous vous proposons. C'est la création d'un recueil officiel dans lequel les publications légales devront être faites.

« Avec ce système, messieurs, il n'y aura plus de crainte pour personne, on saura toujours où trouver les renseignements dont on aura besoin ⁽²⁾. »

(1) Le décret du 28 septembre 1870 confère au préfet de la Seine le pouvoir de les désigner.

(2) Sénat, séance du 31 octobre 1884.

D'après le projet sénatorial (art. 63), la publication des actes et délibérations des sociétés par actions, aura lieu dans un recueil officiel. Mais la création de ce recueil officiel dont l'article 63 prévoit l'existence, est laissée à l'administration chargée de déterminer les formes et les conditions de sa publication.

142. Pour faire appel au public, avant toute constitution de la société, il faut que le projet d'acte de société soit publié dans le recueil dix jours au moins, avant l'ouverture de la souscription.

Enfin, en vertu de l'article 66 du projet « un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées, sera publié dans l'un des journaux du lieu où siège la société, ainsi que dans le recueil officiel. » Cet extrait dont la publication aura lieu dans le mois de la constitution de la société, devra contenir :

1° La dénomination adoptée par la société et l'indication du siège social ;

2° La désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société ;

3° Le montant du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les associés actionnaires ;

4° L'époque où la société commence, celle où elle doit finir, la date du dépôt fait aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce.

L'extrait devra énoncer encore, le montant du capital social en numéraire et en autres objets, la quotité à prélever sur les bénéfices pour composer le fonds de réserve, etc.

143. Complétant le système de publicité permanente qu'organise la loi de 1867, le projet sénatorial

veut que les titres d'actions provisoires ou définitifs, contiennent les indications suivantes :

1° L'objet et la durée de la société;

2° La date de l'acte constitutif de la société et de sa publication au recueil officiel;

3° Le nombre d'actions et leur valeur nominale;

4° La partie du capital social représentée par les apports en nature (art. 74).

Constatons en terminant que le projet sénatorial, est d'une grande sévérité pour les personnes qui chercheraient à abuser de la crédulité publique. Le projet augmente le nombre des délits dont les fondateurs et les administrateurs peuvent se rendre coupables; la répression de ces délits est grandement aggravée; les délinquants subiront non seulement une condamnation pécuniaire, mais encore l'emprisonnement.

Mais si le législateur a voulu une sérieuse répression de la fraude, il a tenu aussi à ce qu'elle s'exercât promptement pour être réellement efficace. Dans ce but, il a limité la durée de l'action en nullité contre la société et l'action en responsabilité contre les fondateurs à trois ans.

144. L'article 103 contient une mesure très sévère, qui révèle l'esprit dont était animé le Sénat. Le législateur de 1867 n'a jamais pensé, à assimiler les administrateurs d'une société anonyme à des commerçants, et à les menacer de la banqueroute; le Sénat a poussé la sévérité à ce point. En vertu de l'article 103, si les administrateurs font des actes qui exposeraient un commerçant à être déclaré banqueroutier, les administrateurs subiront l'application de l'article 402 du Code pénal.

« Si — dit M. Bozérien — en droit strict, ces administrateurs-directeurs ne sont pas des commerçants, parce que leur personnalité est distincte de celle de la société, il est juste cependant qu'ils soient traités comme tels. »

145. Telles sont en substance les modifications apportées par le projet sénatorial à la loi de 1867 ; elles tiennent moins compte que la loi de 1867 du fameux principe de la liberté des conventions, et visent surtout à protéger le public. Cette loi produira-t-elle de meilleurs résultats que les autres ? il serait bien difficile de le dire. D'abord, ce n'est qu'un projet auquel la Chambre peut faire subir bien des modifications, dans un sens libéral ou restrictif, sans rien laisser subsister de l'œuvre dont le Sénat a pris l'initiative.

146. En présence de tant de lois qui se suivent de si près, M. Mourlon n'a-t-il quelque raison de dire :

« Voilà plusieurs siècles que vous attendez que l'homme sache marcher seul pour lui retirer ses lisières et de votre aveu il est resté ce qu'il était au commencement du monde : impuissant à se conduire sans le secours d'autrui. S'il en est ainsi, c'est qu'apparemment le procédé que vous appliquez à l'instruire est mauvais. Dès lors pourquoi s'y entêter ? on apprend aux hommes à marcher seuls, d'abord en les soutenant bien, bientôt en retirant la main qui leur sert d'appui. Ne les avons-nous point assez longtemps soutenus et dirigés ? Retirons notre main, la nature fera le reste. »

On a répondu à celui qui a soutenu cette opinion dans la commission extra-parlementaire, que la liberté des conventions était un leurre et que les actionnaires n'avaient pas atteint l'âge de la majorité.

II. — LA BELGIQUE.

CHAPITRE I.

147. Le Code de commerce belge pour la réglementation des sociétés, était aussi incomplet et arriéré que le Code français de 1807 dont il était la copie. En France, comme nous l'avons vu, des lois successives avaient modifié le Code et en avaient atténué la rigueur. Le Code français avait déjà subi une véritable transformation, sans que le Code de commerce belge, promulgué le 20 septembre 1808, fût aucunement remanié. On éprouva bientôt, en Belgique comme en France, la nécessité de soumettre les sociétés, et spécialement les sociétés par actions, à une loi plus libérale et plus en harmonie avec le développement du commerce. D'autre part, dans tous les pays on était arrivé à la conviction que l'autorisation préalable, que la Belgique avait adoptée à l'instar de la France, avait vécu; et que cet obstacle à la constitution des sociétés anonymes, devait être supprimé comme inutile et inefficace. Le gouvernement belge n'écoula qu'assez tard, les plaintes qui s'élevaient contre les dispositions peu libérales du Code de commerce. Quand la loi de 1867, eut aboli en France la tutelle gouverne-

mentale des sociétés anonymes, la Belgique laissa passer six ans avant de suivre cet exemple.

« Sous la législation antérieure au Code de 1808 — dit un auteur belge — il existait déjà de grandes compagnies financières ou commerciales réunissant à peu près les mêmes caractères : chacun des associés n'était tenu que jusqu'à concurrence de sa mise, et l'administration était confiée à des mandataires qui ne répondaient point sur leurs biens des engagements de la société.

« Il n'existait aucune disposition législative pour régir ces sortes d'associations; mais la loi spéciale, nécessaire à chacune d'elles pour lui donner la vie, lui octroyait en même temps le Code particulier destiné à régir ses opérations et ses rapports avec les tiers.

« Elles n'étaient point nommées sociétés anonymes, comme nous l'apprennent Jousse et Savary, l'un dans son *Commentaire de l'ordonnance de 1673* et l'autre dans *Le parfait négociant*; on appelait ainsi de simples associations momentanées. Elles n'étaient dans l'ancienne législation l'objet d'aucune disposition générale, reçurent, pour la première fois, une forme déterminée et une existence légale dans le Code de commerce de 1808.

« Depuis plus de soixante-cinq ans, que les sociétés anonymes existent légalement, on a été pour ainsi dire unanime pour louer et apprécier les avantages qu'offre cette forme d'association, grâce à laquelle chaque associé recueille une part dans les bénéfices proportionnelle à sa mise, sans cependant s'engager au delà de celle-ci; et cela, avec la faculté d'administrer les affaires sociales soit par lui-même soit par des mandataires.

Les abus, quelque scandaleux qu'ils aient été, n'ont jamais empêché d'apprécier les incalculables services que les sociétés anonymes ont rendus, et qu'aucune autre espèce d'association n'eût été à même de rendre. L'on n'a du reste qu'à songer aux entreprises colossales qu'elles ont permis de mener à bonne fin depuis le commencement de ce siècle, pour se convaincre de leurs avantages et de leur utilité.

« Longtemps on a cru, que l'autorisation et la surveillance gouvernementales pouvaient seules donner aux capitaux une entière sécurité et offrir aux tiers les meilleures garanties qu'ils puissent avoir. Mais les scandales retentissants qui se produisirent malgré tout, finirent par éclairer les esprits en Europe. Tout récemment un changement notable s'est opéré dans les esprits. On a vu l'inefficacité de cette prétendue garantie et les difficultés et les lenteurs qu'elle pourrait faire naître ⁽¹⁾. »

148. Partout la liberté était accordée aux sociétés anonymes; l'Angleterre depuis longtemps n'exigeait plus que les associés, avant de constituer une telle société, obtinssent l'autorisation du gouvernement. La France qui avait inauguré avec le Code de 1807 cette mesure prohibitive, l'abandonnait peu à peu; un premier pas était fait en ce sens par la loi de 1863, qui déclarait l'autorisation préalable inutile pour fonder une société anonyme d'un capital inférieur à 20 millions; en 1867, la dispense devint générale. En Italie, la même réforme eut lieu et la loi du 25 juin 1865 ne voulut plus d'aucune autorisation gouvernementale

(1) *Commentaire législ. et doct. de la loi du 18 mai 1873*, par Wœlbræk.

pour la constitution des sociétés anonymes. La loi allemande du 11 juin 1870, eut le même objet. Seule la Belgique, conservait la législation de 1808, abandonnée même par la France qui l'avait inventée. Une réforme libérale s'imposait à la Belgique, qui ne recule pas devant le progrès et dont la législation est très avancée. Si la loi belge sur les sociétés ne date que de 1873, le projet de réforme date de 1865.

149. Au dire des auteurs belges, la loi de 1873 fut plus longuement et plus minutieusement étudiée qu'aucune autre loi de leur pays. Comme nous le disions, le projet fut déposé le 5 juillet 1865 et neuf mois plus tard, parut l'intéressant rapport de M. Pirmez, où l'on trouve beaucoup de renseignements et qui nous révèle les intentions du législateur de cette époque. La discussion générale ne commença qu'en 1868, et fut abandonnée avant d'avoir abouti. Elle fut reprise à la Chambre dans la session de 1869-1870, et déjà le projet était voté, quand survint la dissolution des chambres belges en 1870. De nouveaux rapports et une nouvelle discussion eurent lieu dans la session de 1870-1871. Votée par la Chambre, la loi alla devant le Sénat qui l'amenda dans la session 1872-1873; le projet revint de nouveau à la Chambre des députés qui, pour éviter de nouveaux retards, le vota tel qu'il avait été amendé par le Sénat.

150. Le projet de 1865 qui aboutit à la loi de 1873, avait pour principal objet la suppression de l'autorisation préalable. M. Pirmez, rapporteur de la commission législative, ardent partisan de cette suppression, nous montre dans son rapport l'inefficacité et les désavantages de l'autorisation préalable. Laissons-lui la

parole, car mieux que personne il nous apprendra ce qu'une sage réglementation a d'utile et d'efficace, et comment l'autorisation préalable, n'était que l'entrave la plus pernicieuse apportée à la meilleure des associations.

« Les faits ont condamné le système aujourd'hui en vigueur. L'intervention gouvernementale a-t-elle empêché les primes sans causes dans les émissions de titres ou l'exagération de la valeur des apports? Mais les primes d'une part, ont toujours échappé à son contrôle parce qu'elles lui sont postérieures, elles sont déjà dans le domaine des transactions libres. Jamais d'autre part, il n'est parvenu à maintenir dans les limites du vrai le capital des sociétés, il suffit de jeter les yeux sur un tableau indiquant le coût des chemins de fer concédés, pour constater combien les combinaisons employées ont réussi à l'élever au-dessus de la vérité et ce qu'il y a de fictif dans le chiffre nominal des actions. N'est-il pas connu, que dans maintes affaires, l'actif réel des sociétés ne se compose que de ce qui a été fait au moyen des capitaux empruntés sous forme d'obligations et que pas un centime n'a été versé sur ces titres de 500 francs qui circulent cependant, portant la mention de cette valeur, avec l'autorisation du gouvernement? Quel abus plus grand peut-on craindre en l'absence de cette intervention?

« Ce n'est pas dans les investigations préventives de l'autorité, qu'il faut chercher le remède. La censure n'est pas plus admissible dans les affaires industrielles que dans les choses morales. Il faut s'abstenir d'assoupir la défiance individuelle, par d'insignifiantes approbations et laisser à chacun le soin de se prémunir

contre les surprises de l'avidité habile. Mais si la loi doit écarter ces mesures préventives, plus trompeuses qu'efficaces, elle peut, par des dispositions générales, donner de puissantes garanties. Elle a un droit suprême sur les sociétés, dont la personnalité qui n'émane que de ses concessions est la base essentielle; elle ne doit pas l'employer à se réserver ces autorisations qui, à tous les autres défauts joignent celui d'être arbitraires et ainsi peuvent faire naître les critiques et même les soupçons et lorsqu'elles sont refusées et lorsqu'elles sont accordées, quelles que soient d'ailleurs l'intelligence et la probité des décisions; mais elle doit édicter des dispositions générales s'appliquant de plein droit à tous les cas, et écartant ainsi du gouvernement la responsabilité des erreurs et les suppositions de la malignité.

151. « Mais s'il faut que l'autorisation gouvernementale disparaisse, il ne faut pas qu'on laisse le champ libre à la fraude. Il faut qu'on fasse respecter la vérité dans les actes sociaux, ce n'est que de cette manière que la société sera honnête.

« C'est contre l'exploitation de faits faux, ou de réticences non moins pernicieuses dans quelque acte de la société que ce soit, que la loi doit surtout être dirigée et que les tribunaux doivent déployer leurs rigueurs. Faire savoir la vérité sur les choses sociales et dans les actes constitutifs et dans les émissions ou les négociations de titres et dans les inventaires ou les bilans, est le résultat que le projet a poursuivi comme la plus puissante des garanties.

« Un puissant moyen de faire entrer la sincérité dans les opérations des sociétés, est de les astreindre au con-

trôle incessant des intéressés. Il faut que jamais une société ne soit gérée par une administration étrangère au succès de ses opérations, et que toujours chaque sociétaire puisse à certaines époques exercer un contrôle sérieux sur la situation sociale. Il importe de rattacher autant que possible, la société à ceux pour qui elle existe et dont l'intérêt doit exciter la surveillance. Si la loi ne peut espérer toujours réussir à tirer les actionnaires d'une torpeur si souvent inexplicable, elle doit empêcher, que la société ne prenne les caractères et les défauts d'une corporation en se soustrayant à la dépendance de ses membres. Les sociétés anonymes constituent de petits états financiers soumis à des abus fréquents et nombreux, mais dont le remède le plus puissant est celui qui réussit le mieux aux nations, le gouvernement par les gouvernés dans un régime de large publicité.

« Ainsi, au lieu de l'intervention préventive de l'autorité, imposer à ceux qui fondent ou dirigent les sociétés anonymes l'obligation de faire connaître la vérité sur les choses sociales et armer les actionnaires des moyens de veiller à leurs intérêts, tel est l'ensemble des idées dont l'examen de cette partie du projet nous montrera la réalité. »

Nous avons reproduit en grande partie le rapport de M. Pirmez, qui nous fait connaître les idées qui ont présidé à la réforme des sociétés en Belgique; il nous aidera à faire comprendre ce qui va suivre et, sur beaucoup de points, nous dispensera de commenter la loi. Ne nous attardons plus, et entrons dans l'explication de la loi qui régit actuellement les sociétés anonymes en Belgique.

CHAPITRE II.

LÉGISLATION ACTUELLE, LA LOI DU 18 MAI 1873.

SECTION I.

152. La loi belge ne présente avec la loi française, que quelques points de ressemblance que nous ferons connaître en leur lieu et place; ces quelques points mis à part, la réglementation qu'elle contient est très différente de celle de la loi de 1867.

La loi de 1873 commence par combler une lacune du Code de commerce belge de 1808, qui reconnaissait l'existence de la société anonyme sans la définir.

« La société anonyme — nous dit l'article 26 — est celle dans laquelle les associés n'engagent qu'une mise déterminée. »

C'est la définition que nous avons trouvée dans la loi française, et que nous trouverons dans la législation de tous les pays qui admettent la société anonyme. Pas plus en France qu'en Belgique, en Allemagne, en Italie, en Roumanie, la société anonyme ne pourrait être définie autrement que le fait l'article 26 de la loi de 1873.

153. La société anonyme, société de capitaux par excellence, n'offre d'autre base de crédit que son capital social, les garanties que peut donner la nature de ses opérations, l'administration dont elle est dotée

et les dispositions insérées dans ses statuts. La conséquence de ceci, c'est qu'elle ne peut pas exister sous une raison sociale, et que le nom d'aucun des associés ne peut servir à la désigner (art. 27). Car « là où nul n'est responsable personnellement, nul ne doit fournir son nom, ni contracter dans une forme qui pourrait faire oublier qu'il n'existe qu'un capital fixe et des mandataires non coobligés ⁽¹⁾. »

Si malgré les prescriptions de l'article 27, la société anonyme agissait sous une raison sociale ou était désignée par le nom d'un ou de plusieurs associés, qu'advierait-il? La société deviendrait à l'instant société ordinaire en nom collectif ou en commandite, avec toutes les conséquences attachées à ces sortes d'associations. En vertu de cette règle, que ce sont les éléments réels des contrats et non pas la qualification qu'il a plu aux parties de leur donner, que fixe leur caractère véritable. Et réciproquement, une société pourrait être réputée société anonyme, bien qu'elle n'eût pas reçu cette qualification dans le contrat si elle en avait tous les caractères ⁽²⁾.

154. L'article 30 du Code de commerce belge, reproduisant l'article 30 du Code de commerce français, disait que : « elle (la société anonyme) est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise. » Le législateur de 1873, remplaça cette disposition trop brève par un texte plus explicite :

« La société anonyme est qualifiée par une dénomination particulière ou par la désignation de l'objet

(1) V. M. Vincens, *Législat. commerc.*, 2^e édit., t. I, p. 326; dans le même sens MM. Malpeyre et Jourdain, *op. cit.*, n° 264.

(2) V. Dalloz, *Soc.*, n° 1442.

de son entreprise. — Cette dénomination ou désignation doit être différente de celle de toute autre société.

— Si elle est identique, ou si sa ressemblance peut induire en erreur, tout intéressé peut la faire modifier et réclamer des dommages et intérêts. »

On a craint des confusions entre les sociétés si elles n'avaient été désignées que par l'objet de leur entreprise, plusieurs sociétés pouvant avoir le même objet; confusions dont les personnes malhonnêtes auraient tiré profit.

La loi prescrit aux sociétés similaires d'éviter toutes causes de confusion et d'erreur pour les tiers. Voici ce que disait à ce propos le rapporteur :

« Le Code actuel supposait que la société anonyme, ne serait désignée que par l'objet de son entreprise. La pratique a montré la nécessité d'introduire d'autres dénominations pour éviter une confusion nuisible. Le projet en complétant à cet égard le texte en vigueur ne fait que confirmer cet usage. La jurisprudence, a souvent condamné l'usurpation de la dénomination d'une société ou d'un établissement existant, usurpation qui peut n'être que le résultat de l'ignorance ou de la légèreté, mais qui souvent a le caractère plus grave d'un acte de déloyauté. Le projet introduit une disposition pour empêcher cet abus, mais les termes de cette disposition sont évidemment trop étroits pour envelopper les faits qu'elle doit réprimer. Cette disposition, se borne en effet à exiger que la désignation ou la dénomination soit différente de celle d'une autre société et à en ordonner le changement si elle est identique. Or, il ne suffit évidemment pas d'une différence quelconque excluant l'identité, pour justifier une so-

ciété de la confusion qui pourrait naître de la similitude de la dénomination et de la désignation adoptée par elle, avec la dénomination ou la désignation d'une société déjà existante. L'identité absolue ne se rencontre guère que comme le résultat d'une coïncidence fortuite ; lorsqu'une société nouvelle voudra, en profitant d'une confusion calculée, s'attribuer les avantages de la considération acquise à une société déjà ancienne ; elle ne manquera pas de chercher à abriter sa fraude par des différences qu'elle relèvera si elle est attaquée ; l'art consiste alors, à trouver un nom nouveau qui, comparé à un nom ancien, présente au public assez de ressemblance d'ensemble pour le tromper et aux tribunaux assez de dissemblance de détails pour éviter leur action.

« La loi doit être assez large pour déjouer ces manœuvres. Les noms des sociétés sont destinés à les distinguer les unes des autres ; ils sont assez variés pour que ce but puisse être atteint. »

Il faut reconnaître sur ce point la supériorité de la loi belge sur la loi française, qui a conservé à l'article 30 sa rédaction primitive.

SECTION II.

Les conditions constitutives.

155. Les articles 29 et suivants énumèrent les conditions de fond, dont l'accomplissement est exigé pour qu'une société anonyme soit valablement constituée.

« Une société anonyme — nous dit l'article 29 — n'est définitivement constituée que si le nombre des associés est de sept au moins, si le capital social est

intégralement souscrit et si le vingtième au moins du capital consistant en numéraire est versé. »

Nous trouvons dans ce seul article trois conditions les plus importantes. Une société anonyme ne peut pas compter moins de sept associés, nous dit la loi belge, à l'imitation de la loi française qui avait emprunté cette règle à la loi anglaise. C'est un nombre fatal, et il est à présumer que si la loi anglaise s'était contentée de trois membres, les lois étrangères qui seraient venues après elle n'en auraient pas exigé davantage. Le rapporteur de la commission législative, M. Pirmez, pour faire adopter le nombre sept, n'a pas produit d'arguments bien nouveaux ; voici ses propres paroles :

« Comme il s'agit de créer un corps moral indépendant des personnes qui le composent, il faut raisonnablement exiger, pour que ce corps puisse être constitué, l'existence d'un certain nombre d'associés. Or, peut-on admettre que deux personnes, par exemple, se constituent en société anonyme ? Cela ne serait point naturel.

« Il faut, pour qu'une telle société soit fondée selon son but réel, qu'elle se compose au moins d'un nombre de membres suffisant pour rendre son administration possible. Or, d'après le projet de loi, il faut dans la société anonyme au moins trois administrateurs et un commissaire. Quatre personnes sont donc nécessaires pour constituer l'autorité, ou, si vous le voulez, l'état-major de la société. Il n'y a rien d'exagéré à exiger que les autres associés, c'est-à-dire les soldats de la société, soient au nombre de trois. Tels sont les motifs, qui nous ont porté à croire qu'un certain nombre

d'associés est nécessaire, pour que la société anonyme soit définitivement constituée, et comme ce nombre était fixé à sept dans la législation de deux pays considérables par leur industrie, nous avons pensé qu'il n'y avait aucun motif de ne pas l'adopter ⁽¹⁾. »

La raison donnée par le rapporteur belge ne nous paraît pas assez sérieuse, et nous croyons qu'on a exigé arbitrairement le nombre de sept, pour que la société, si elle avait moins de sept membres, n'eût l'air d'avoir voulu par la forme anonyme se soustraire à des responsabilités qui seraient bien plus grandes dans une société en nom collectif ou en commandite simple ⁽²⁾.

156. La fixation à sept du nombre des associés a été en Belgique, l'objet de bien des critiques méritées. Les interprètes déclarent absolument inutile cette disposition de la loi, malgré l'importance qu'on paraît y attacher en Angleterre et en France :

« Malgré l'autorité de l'Angleterre et de la France — dit M. Guillery — nous avouons ne pas comprendre, pourquoi une société anonyme ne pourrait pas se composer de deux personnes, du moment où ces deux personnes rempliraient les formalités nécessaires pour faire connaître quel est le capital, assurer la souscription intégrale, le versement d'un vingtième, en un mot, se conformeraient à la loi. Sans doute, il n'y aurait pas dans ce cas de conseil d'administration, de conseil de surveillance, ni d'assemblée générale, comme cela se voit dans les sociétés plus nombreuses, mais aussi ces diverses institutions seraient fort inu-

(1) V. *Annales parlementaires belges de 1869-1870*.

(2) V. M. Rivière, *op. cit.*, n° 198.

tiles et on n'en devrait pas regretter l'absence. L'idée de choisir un certain nombre d'actionnaires pour administrer, provient précisément de ce que la société en compte un très grand nombre pour que tous soient administrateurs. Mais si deux ou trois personnes s'associaient, c'est évidemment parce qu'elles s'occuperaient elles-mêmes des affaires ou bien s'en rapporteraient à l'une d'entre elles. Il faudrait toujours l'approbation de l'assemblée générale, c'est-à-dire de tous les associés dans certains cas donnés. C'est cependant le seul motif que nous trouvons dans les discussions.

« Quant à faire confusion entre une société anonyme qui ait moins de sept membres avec une société en nom collectif, il faut avouer que les tiers seraient d'une bien grande naïveté si en relation avec une société qui n'a pas de raison sociale, sans parler des statuts publiés, ils la prenaient pour une société en nom collectif. Pour nous, nous pensons que la société anonyme doit être favorisée, parce qu'elle fait connaître son capital et ses bilans, tandis que les associés en nom collectif ne font pas connaître leur fortune avec la même précision ; que leur fortune peut être employée à une toute autre destination, et que leur responsabilité indéfinie n'est souvent qu'un mirage dangereux. Nous voudrions voir accorder la responsabilité limitée à tous ceux qui se conforment aux prescriptions de la section IV de notre loi ⁽¹⁾. »

157. Une société une fois constituée, pourrait continuer à fonctionner, bien que le nombre de ses membres fût descendu au-dessous de sept. Mais son exis-

(1) V. M. Guillery, t. II, p. 191 et suiv.

tence serait très fragile, vu la faculté de demander la dissolution ouverte par l'article 73 à tout intéressé. « La dissolution doit être prononcée — dispose cet article — sur la demande de tout intéressé, lorsque six mois se sont écoulés depuis l'époque où le nombre des associés a été réduit à moins de sept. — Si personne de ceux auxquels la loi a conféré ce droit, ne demande la dissolution, la société subsiste valablement (1). »

158. Que décider quant au nombre des associés, si les membres d'une société anonyme ne sont pas des personnes naturelles, mais des personnes morales; faudra-t-il sept personnes morales, pour former une société anonyme? Ce cas se présente, quand plusieurs compagnies de chemin de fer, par exemple, s'unissent en vue de former une grande et unique société d'exploitation. M. Pirmez, a eu à s'expliquer sur la question et voici ce qu'il a dit :

« Je pense que les dispositions du projet de loi peuvent se prêter aux différentes combinaisons indiquées par M. Saintelette. Dans la pratique, il ne peut y avoir de difficultés à maintenir les dispositions du projet même en présence des hypothèses qui ont été indiquées. Il arrive quelquefois, que différentes sociétés se réunissent pour une opération sans pour cela constituer une nouvelle société anonyme; et pour ne citer qu'un exemple qui est présent à la mémoire de tous, je parlerai de sociétés de chemins de fer, qui se réu-

(1) Une disposition analogue existe dans l'article 38 de la loi de 1867; mais le délai écoulé depuis l'époque où le nombre des associés a été réduit à moins de sept, est d'après la loi française d'un an et pas de six mois.

nissent pour exploiter en commun diverses lignes. Il n'y a pas là formation d'une nouvelle société; les sociétés contractantes conservent leur individualité, mais partagent d'après certaines règles les bénéfices à résulter de leur exploitation commune.

« Je reconnais que d'autres cas peuvent se présenter, que deux sociétés anonymes peuvent s'unir pour la création d'une troisième, on a cité l'exemple de la société générale et de la banque de Belgique constituant à elles seules, la banque Nationale en souscrivant toutes les actions du nouvel établissement. La même chose pouvait encore se faire à peu près de la même manière sous l'empire du projet, c'est-à-dire que les deux sociétés dont nous venons de parler pourraient encore s'entendre pour la formation d'une troisième société; seulement ce ne serait pas par la passation d'un seul acte que la nouvelle société serait définitivement constituée; il faut aussi que le nombre de sept soit constaté, ce n'est qu'alors que la société sera définitivement constituée. »

159. Une objection de M. Saintelette, donna à M. Pirmez l'occasion de montrer que le projet ne présentait aucune difficulté d'application et que la réunion de sept actionnaires pouvait pratiquement être exigée, aussi bien quand plusieurs sociétés fonctionnaient, que quand de simples particuliers s'associaient.

Il résulte des explications données par le rapporteur, que le nombre de sept est exigé non pour les fondateurs, mais pour les associés en général; et par conséquent, les associés fondateurs peuvent n'être que deux, pourvu qu'avec eux il y ait cinq souscripteurs, la société est valablement constituée. Cela étant, quand

plusieurs sociétés, personnes morales, s'unissent pour fonder une société anonyme, elles peuvent n'être que deux au début, et des souscripteurs d'actions venir compléter ensuite le nombre d'associés fixé par la loi.

Nous pouvons donc conclure qu'il faut toujours sept personnes physiques ou morales pour constituer une société anonyme; mais dans ce nombre, il peut y avoir à la fois des personnes morales et des personnes physiques ⁽¹⁾.

Nous ne voyons pas d'inconvénient — quoique le législateur français n'en ait rien dit — d'appliquer ce que nous venons de voir, à une réunion de plusieurs sociétés en France.

160. La fixation à sept du nombre des associés n'a été adoptée dans la loi belge qu'après discussion; quelques députés proposèrent de ne fixer aucun chiffre.

« Je crois tout chiffre absolument inutile — disait M. Jacobs. — En effet, le nombre des associés peut n'être que de deux au jour de la naissance de la société, mais il sera infiniment plus considérable le lendemain. Il pourra n'être que de deux dans l'hypothèse dont parlait l'honorable M. Devandre, mais le jour où les actions seront réparties, il y en aura deux cents. Je n'exige donc pas de chiffre, certain que le chiffre réel dépassera dès le lendemain de la constitution de la société, le chiffre que contiendrait la loi. »

Quoi qu'il en fût, nous trouvons le nombre sept parmi les exigences de la loi.

161. Souscription du capital. — « Que le capital soit intégralement souscrit, » c'est la règle que nous

(1) V. M. Guillery, *op. cit.*, p. 195.

trouvons dans tous les pays, qui ont une loi sur les sociétés anonymes. Nous connaissons les motifs de cette exigence et le rapport de M. Pirmez, va nous dire ce qui l'a déterminé à demander son insertion dans la loi belge.

« Aucune objection sérieuse ne semble non plus, devoir écarter la nécessité de la souscription intégrale du capital social, pour que la société soit constituée. La société anonyme est une réunion de capitaux, se fondant en seul capital qui est la base même de la société dont il constitue le crédit; aussi longtemps que tous ces capitaux ne se sont pas réunis, la société n'est qu'à l'état de formation. »

162. Versement du vingtième. — L'article 29 indique une troisième condition, le versement du vingtième du capital en numéraire. Nous aurons l'occasion de constater, que dans tous les pays on exige un certain versement au commencement de la société; le *quantum* de ce versement seulement varie avec le pays. Nous avons vu comment on justifia cette exigence lors de la discussion de la loi française de 1867, et nous avons dit aussi, qu'en France, le premier versement est du quart de chaque action. Le versement du quart jugé suffisant et raisonnable pour nous, prouve plus qu'il ne faut, au dire de M. Woëlbroek, le caractère sérieux des souscripteurs ⁽¹⁾.

A propos de ce versement initial, nous constatons trois différences entre la loi belge et la loi française. La loi belge exige le versement « du vingtième au moins du capital, » ce qui donne à penser, que la condition

(1) V. *op. cit.*, p. 181.

de la loi est remplie, dès que ce vingtième est fourni par qui que ce soit. Que dix actionnaires par exemple, versent le vingtième du capital en numéraire sans que les autres versent rien, la loi serait obéie. Mais de la discussion de la loi ⁽¹⁾, il résulte que chaque souscripteur doit verser le vingtième des actions par lui souscrites, la loi voulant que tous les souscripteurs soient liés par le premier versement ⁽²⁾. Mais si sur ce point la discussion est concluante, l'article 29 est bien loin d'être clair. On se demande pourquoi le législateur belge lui a donné une rédaction si obscure, alors que la loi française qui ne donnait lieu à aucune difficulté, était présente à son esprit. Quoi de plus clair que ces mots : le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites (art. 1, al. 2, l. 1867)?

163. Voici une deuxième différence : La loi belge se contente d'un versement initial d'un vingtième, la loi française exige le versement d'un quart. Nous pensons que la loi belge s'est montrée trop facile pour les souscripteurs. Verser 5 francs sur une action de 100 francs par exemple, c'est peu, trop peu même pour mettre la société en marche, et ce versement infime ne garantit pas que le souscripteur soit sérieux.

164. Troisième différence enfin : d'après la loi belge, c'est seulement le numéraire et non les apports en nature, qui doit faire l'objet du versement initial; il en est autrement selon nous, d'après la loi française. Nous avons dit, quand nous avons traité cette question en France, que sans aucun doute, les actions

(1) V. *Annales parl.* 1869-1870; séance du 12 février 1870.

(2) Vœlbræk, *op. cit.*

attribuées aux associés ayant fait des apports en nature, devraient aussi être libérées du quart. Libérées en quel sens? en ce sens que les apports devaient être réellement faits et non simplement promis, du moins pour le quart des actions attribuées à ceux qui en sont les auteurs.

165. Les dispositions de l'article 29 n'assurent aux sociétés anonymes, lorsqu'elles se constituent, que de bien faibles ressources.

Supposons une société au capital social de deux millions, en admettant que de ses deux millions un million soit formé d'apports en nature; le vingtième du capital en numéraire serait de 50,000, somme plus que modeste pour faire face aux dépenses d'organisation de la société.

Le versement initial ne doit être ni trop grand, parce qu'il entraverait la souscription du capital, ni trop petit, car il la faciliterait trop, ce qui n'est pas toujours favorable à la société. La loi française est plus prudente quand elle exige le versement du quart des actions, la loi belge protège peu la société en lui facilitant trop le recouvrement du premier versement. Un versement de 5 francs (le vingtième d'une action de 100 francs) est-il vraiment sérieux?

166. *Apports en nature et avantages particuliers.*

— Nous avons vu qu'en France, outre les conditions précédentes, il fallait que les apports en nature et les avantages particuliers fussent vérifiés et approuvés par l'assemblée des actionnaires, conformément aux prescriptions des articles 4 et 24 de la loi de 1867.

Il n'y a pas, dans la loi belge de 1873, de texte qui contienne une disposition analogue. Que décider, dès

lors ? faut-il dire que la loi belge a laissé aux fondateurs pleine liberté à cet égard ? On est tenté de le croire, vu le silence de la loi et faite que la discussion très insignifiante qui a eu lieu au Corps législatif, puisse nous éclairer. M. Pirmez, qui a pris une si grande part à l'élaboration de la loi, disait dans son rapport :

« La plus entière liberté est laissée aux fondateurs, la plus grande liberté d'appréciation aux souscripteurs ; mais, fidèle aux principes qu'il veut faire prévaloir, le projet oblige les fondateurs à exposer les éléments de la société et appellent les souscripteurs à les contrôler ; il rend ainsi la fraude dangereuse et les déceptions difficiles ; mais, quand elles se produisent, elles en font porter la responsabilité sur ceux qui en sont coupables par la suppression ou l'altération de la vérité. »

En outre, le ministre de la justice interpellé sur le point de savoir ce qu'on entendait par avantages particuliers, répondit que ce sont tous avantages stipulés dans le contrat en faveur des personnes qui ont créé la société ou qui ont fait certains apports.

Voilà tout ce que nous trouvons dans la discussion de la loi ; sur l'importante question des apports en nature et des avantages particuliers, dont la vérification est, en France, une des conditions les plus importantes de la constitution des sociétés anonymes. Nous avons montré ailleurs, les motifs qui ont déterminé le législateur français à imposer aux fondateurs l'accomplissement de cette condition ; ces motifs n'ont pas paru suffisants au législateur belge.

167. La loi belge n'impose pas non plus, aux fondateurs d'une société anonyme l'obligation de faire la

déclaration par acte notarié, imposée aux fondateurs d'une société française.

168. C'est M. Pirmez, qui empêcha l'introduction dans la loi belge de ces dispositions de la loi française, sur laquelle le projet déposé par le gouvernement était calqué. Le rapporteur trouva tous les détails et les nombreuses formalités de la loi française inefficaces et, par suite inutiles, et les fit écarter.

Pour les sociétés anonymes qui se forment sans souscription, disait M. Pirmez, il faut vouloir ne pas voir, que de croire à quelque utilité des formalités exigées par le projet du gouvernement. Pourquoi ne pas laisser en pareil cas, aux associés la liberté de s'entendre comme ils le voudront, que de leur imposer des formalités coûteuses et dont l'inutilité ne fait pas de doute. Et :

« Croit-on du reste, que cette série d'actes soit bien de nature à sauvegarder les droits des souscripteurs? Dans ces assemblées successives, la majorité lie la minorité; sera-t-il bien difficile, aux fondateurs qui auront tant d'intérêt à faire réussir leurs combinaisons, de réunir une majorité favorable? Leur sera-t-il bien difficile, placés en face de souscripteurs dont rien ne sera venu dissiper la confiance qui les a fait souscrire, de diriger les délibérations et d'obtenir de la majorité les approbations que la loi requiert? Quel remède les actes réitérés apportent-ils aux souscripteurs en minorité, dont les yeux se seraient ouverts sur l'opération dans laquelle ils se seraient laissés aveuglément entraîner? C'est exagérer les garanties qu'offrent ces assemblées que de faire reposer sur leur action le contrôle des actes des fondateurs, et de croire

qu'en multipliant leur réunion, ce contrôle deviendra plus efficace. Sans rejeter complètement cette intervention de l'assemblée des actionnaires, qui peut être conservée avec plus d'avantage sous des formes plus simples, on trouve que la loi peut bien mieux prévenir les surprises si elle cherche des sûretés dans la responsabilité des fondateurs, en leur imposant l'obligation de faire connaître les éléments essentiels de la société et en les soumettant à l'appréciation individuelle des souscripteurs avant de les déferer à leur approbation collective. »

M. Pirmez eut gain de cause, et le projet gouvernemental fut en majeure partie remplacé, par le contre projet du rapporteur.

SECTION III.

Les modes de constitution.

169. La société anonyme peut être constituée de deux manières : conformément à l'article 30, ou suivant les dispositions de l'article 31.

« La société peut être constituée par un ou plusieurs actes authentiques, auxquels prennent part tous les associés et qui constatent l'accomplissement des conditions prescrites par l'article précédent » (art. 30).

Ce mode de constitution n'est employé qu'au cas où le nombre des associés ne dépasse guère le minimum fixé par la loi ; il est impraticable pour une société qui comprendrait un nombre considérable d'associés. Avec ce mode de constitution, le capital de la société est entièrement souscrit par les fondateurs et

il n'est pas ouvert de souscription publique. Cela étant, le notaire devant qui les fondateurs se présentent, dresse le ou les actes authentiques qui constatent que les conditions contenues dans l'article 29 ont été remplies. Cela a paru suffisant à la loi qui n'exige rien de plus, pour que la société fonctionne valablement. « Et d'abord — disait-on au Corps législatif — si tous les associés s'engagent dans la société par acte authentique et prennent ainsi la position des fondateurs, aucune formalité n'est imposée. »

170. Le deuxième mode de constitution de la société anonyme, c'est *la souscription*.

« La société — dit l'article 31 — peut aussi être constituée au moyen de souscriptions. — L'acte de société ⁽¹⁾ est préalablement publié à titre de projet. — Les souscriptions doivent être faites en double et indiquer : la date de l'acte authentique de société et de sa publication ; l'objet de la société, le capital social et le nombre des actions ; les apports, et les conditions auxquelles ils sont faits ; les avantages particuliers attribués aux fondateurs ; la libération de chaque action d'un vingtième au moins. Elles convoquent les souscripteurs en une assemblée qui se réunit dans les trois mois, pour la constitution définitive de la société. »

Le premier soin des fondateurs, quand ils constituent la société au moyen de souscriptions, est de publier l'acte de société. « S'il y a constitution de société par souscription — a-t-on dit à la Chambre belge — elle doit passer par trois phases : l'acte de société, la sous-

(1) D'après la loi française, un extrait de l'acte de société est publié.

cription, l'acte de constitution définitive. Les souscripteurs adhèrent à l'acte de société, s'ils ne sont pas parties à cet acte; il est donc convenable d'exiger, que cet acte soit publié avant les souscriptions. »

Exiger la publication de l'acte de société, c'est exiger que la société future soit portée à la connaissance de tous, pour que le public appelé à lui apporter son argent puisse savoir quelles sont les règles qui la régiront, quel est le but qu'on poursuivra et quels seront les droits et obligations des fondateurs et des actionnaires. Mais cela ne suffit pas pour faire connaître aux souscripteurs les conditions dans lesquelles la société prend naissance, car la masse des souscripteurs ne consulte guère ces actes souvent fort étendus, dans lesquels les dispositions essentielles se noient dans de longues inutilités. Il faut faire connaître aux souscripteurs, dans l'acte de souscription même, les points essentiels de l'opération. Or ces points sont peu nombreux et faciles à déterminer. Il suffit d'indiquer l'objet de la société, le capital social, le nombre des actions, le prix des apports, les avantages réservés aux fondateurs et la date de l'acte de société, pour que l'attention soit appelée sur les points principaux et que les souscripteurs sachent ce qu'ils acceptent.

171. Mais qu'est-ce que l'acte de souscription dont nous parle l'article 31? souscrire c'est adhérer à la société en indiquant l'intérêt qu'on veut y prendre; l'acte de souscription, c'est l'*instrumentum* qui constate cette adhésion. C'est donc cette feuille de papier qui constate l'engagement du souscripteur, qui doit contenir les indications énumérées par l'article 31. Ces indications renseignent celui qui souscrit, elles excitent sa

curiosité et lui font connaître la société dans ses traits principaux.

L'acte de souscription doit en outre, être fait en double. On a voulu que les engagements pris par les souscripteurs fussent tenus et que les souscripteurs ne pussent pas en détruire la preuve. « Il ne doit pas leur être permis de déchirer légèrement une souscription dont ils connaissent tous les éléments, et de faire tomber par un simple caprice une société à laquelle ils avaient promis leur concours ; une pareille faculté permettrait trop facilement à des financiers envieux, de faire avorter des entreprises rivales par des souscriptions malicieusement faites et retirées au dernier moment ⁽¹⁾. »

Observons avant d'en finir avec les souscriptions, que la valeur des actions, ou des coupures d'actions dont les souscripteurs deviennent les propriétaires, n'a pas de minimum fixé par la loi. Nous savons qu'en France, l'action ne peut être que de 100 ou 500 francs, la loi belge ne contient pas une disposition analogue.

« Le capital des sociétés anonymes, se divise en actions — dit l'article 35. — Les actions peuvent être divisées en coupures qui, réunies en nombre suffisant, confèrent les mêmes droits que l'action. Les actions et les coupures portent un numéro d'ordre. »

Voilà ce que nous trouvons quant à la forme des actions et de leur valeur, qui peut être de 50 francs et même inférieure. Rien ne s'y oppose, car tout ce qui n'est pas défendu est permis.

(1) V. Rapport.

SECTION IV.

L'assemblée des actionnaires.

172. C'est l'assemblée des actionnaires qui décide de la constitution définitive de la société, en Belgique comme partout. Cette assemblée se tiendra dans les trois mois, mais à partir de quand? la loi ne le dit pas, mais il faut croire que ce sera à partir de l'acte de souscription.

« Au jour fixé, les fondateurs présenteront à l'assemblée, qui se réunira devant un notaire, la preuve de l'accomplissement des conditions requises par l'article 29 avec les pièces à l'appui. — Si la majorité des souscripteurs présents, autres que les fondateurs, ne s'oppose pas à la constitution de la société, les fondateurs déclareront qu'elle est définitivement constituée. — Le procès-verbal authentique de cette assemblée qui contiendra la liste des souscripteurs et l'état des versements effectués, constituera définitivement la société » (art. 32.)

D'après cet article, nous voyons ; 1° que l'assemblée constitutive de la société est présidée par un notaire ; 2° qu'il suffit pour que la société soit constituée, du vote conforme de la majorité des souscripteurs présents. Ce sont là deux différences avec la loi française, d'après laquelle le notaire se borne à recevoir la déclaration des fondateurs telle qu'elle lui est faite ; en outre, la loi française pour la constitution de la société exige le vote conforme d'une majorité plus forte.

En Belgique, la présidence de l'assemblée qui dé-

cide de la constitution de la société, appartient au notaire; pourquoi avoir donné à cet officier ministériel étranger à la société, un rôle si important? Peut-être, la loi belge qui n'a pas voulu adopter le système français a-t-elle cru nécessaire d'augmenter les garanties des souscripteurs, en diminuant l'influence des fondateurs⁽¹⁾. Une autre disposition de la loi, également favorable aux souscripteurs, défend aux fondateurs de voter dans l'assemblée générale. On n'a pas voulu que par leur vote, les fondateurs augmentassent le nombre des voix qui leur seraient favorables. En résumé, le rôle des fondateurs à l'assemblée générale, se réduit à déclarer et à prouver pièces en main, que les conditions exigées par l'article 29 sont remplies, et rien de plus.

C'est à la majorité des souscripteurs à décider si la société doit ou non être constituée; la loi n'ayant rien dit de plus, nous croyons qu'elle entend parler de la majorité ordinaire, la moitié plus un des souscripteurs présents à l'assemblée.

Enfin, le procès-verbal constate la fondation de la société. Ce procès-verbal doit être dressé par un notaire, par celui-là même, assurément, qui a présidé l'assemblée.

173. Tel est le système belge qui présente des avantages sur les systèmes français. Il est débarrassé des formalités inutiles et gênantes de la loi française, il est d'une application facile, car il est simple et libéral et n'entrave la liberté des parties que dans la mesure strictement nécessaire. Il est simple autant que sage, qualités nécessaires pour produire d'heureux résultats.

(1) V. M. Guillery, *op. cit.*, p. 234.

Voici en quels termes le rapporteur le présentait à la Chambre :

« Cette simplicité de formes, n'exclut pas les garanties que l'on réclame. Les surprises sont peu à craindre, quand l'actionnaire n'entre dans la société que par un acte authentique. C'est la souscription ordinaire faite par un simple écrit privé que l'on doit redouter. La garantie la plus forte, n'est-elle que pour ce cas d'exiger que le souscripteur ne s'engage qu'en connaissance de cause? Si l'on peut maintenir un droit de retrait des souscripteurs pour des circonstances exceptionnelles, il ne faut pas se dissimuler que ces vérifications d'apports et cet examen des droits des fondateurs faits après les actes constitutifs de la société n'auront guère de résultats pratiques; cette lutte irritante pour les fondateurs dont la probité est attaquée, humiliante pour l'actionnaire qui proclame sa niaise crédulité, ne s'engagera que rarement. Le remède n'est ici efficace que quand il est préventif : c'est au moment de la souscription, alors qu'il suffit de ne pas s'avancer pour n'être pas compromis, qu'il faut que le souscripteur soit éclairé : c'est ce que réalisent les conditions imposées aux actes de souscription. Mais si l'on croyait même, que c'est dans les assemblées postérieures se prononçant sur l'existence définitive de la société que gisent les garanties principales, le système de votre commission les présente avec ce nouvel avantage, d'appeler à l'assemblée des actionnaires qui ont pu s'entourer de tous les renseignements qu'ils auront voulu prendre. »

SECTION V.

La sanction des conditions constitutives.

174. L'acte d'une société anonyme, avons-nous dit, doit être notarié; qu'arriverait-il s'il était sous seing privé? La société serait nulle.

Les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions, sont, à *peine de nullité*, formées par des actes publics, nous dit l'article 4, alinéa 2. L'inaccomplissement des conditions énumérées par l'article 29, entraîne également la nullité de la société. Aucun texte ne le dit; mais nous pensons que le nombre de sept membres, la souscription du capital et le versement du vingtième, sont les conditions essentielles de la formation d'une société anonyme. Les auteurs belges, malgré le silence de la loi, déclarent sans hésiter que la société est nulle, quand l'article 29 n'a pas été observé.

C'est dans ce sens que s'exprime M. Guillery :

« Inutile de faire remarquer — dit-il — que les trois formalités consistant dans le nombre de sept, dans la souscription du capital et dans le versement du vingtième, sont substantielles et que l'omission de l'une d'entre elles, entraînerait la nullité à charge d'associés. Le législateur a pensé que l'écriture et même l'authenticité, la publicité et les trois formalités prescrites par l'article 29, sont indispensables pour assurer la sincérité des opérations commerciales, empêcher l'agiotage et légitimer l'affranchissement de la responsabilité qui est de droit commun.

« En supprimant l'autorisation royale, il a fallu la remplacer par d'autres garanties. La loi ne dit pas toujours explicitement quelles sont les formalités sanctionnées par la peine de nullité. C'est aux interprètes de la loi à en pénétrer le sens intime et à donner à chacune des dispositions qu'elle renferme sa véritable portée. De là naissent les plus grandes controverses; mais ici le but du législateur apparaît trop nettement, pour laisser la moindre place au doute ⁽¹⁾. »

175. Quelle est la conséquence de l'inobservation des articles 30, 31 et 32? Il faut distinguer avec le rapporteur suivant qu'on est en présence d'une omission réparable ou d'une déclaration mensongère.

Si par exemple le premier acte mentionnait les souscriptions, sans constater le versement d'un vingtième, la société ne serait pas nulle, parce que par un deuxième acte on pourrait compléter le premier. Et « admettre une nullité pour le vice des énonciations des souscriptions, qui ne sont pas publiées, ce serait sans motifs suffisants compromettre les droits des tiers. » Mais les fondateurs sont solidairement responsables envers les souscripteurs des conséquences de l'omission.

Dans le cas où l'acte authentique lui-même constaterait l'existence des conditions essentielles à la constitution de la société, alors que ces conditions n'auraient pas été remplies, la société serait nulle. « Parce que — dit le rapport — la fausse déclaration ne fait pas exister les conditions essentielles de la société à défaut desquelles elle ne peut se constituer; mais les fonda-

(1) V. *op. cit.*, p. 199.

teurs seront tenus solidairement, non seulement envers les actionnaires, au préjudice desquels une société aurait été illégalement formée, mais même envers les tiers auxquels les fausses énonciations de l'acte porteraient préjudice ⁽¹⁾. »

D'après ce qui précède, la société anonyme sera nulle dans les deux cas suivants :

1° Dans le cas où l'acte authentique ferait défaut;

2° Quand les conditions requises par l'article 29 ne seraient pas accomplies. En cas d'inobservation des articles 30, 31 et 32, la société sera valable, mais les fondateurs auront à répondre des omissions provenant de leur négligence.

176. La responsabilité des fondateurs est prévue d'une manière générale par l'article 34 :

« Les fondateurs sont solidairement responsables envers les intéressés, soit de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites pour les actes de souscription, soit de la nullité d'une société constituée par eux et dérivant du défaut d'acte authentique ou d'une des conditions requises par l'article 29. »

Les fondateurs seront solidairement responsables envers toute personne qui a un intérêt dans la société, envers les créanciers sociaux comme envers les actionnaires ⁽²⁾.

(1) V. le rapport de M. Pirmez du 9 février 1866.

(2) L'article 42 de la loi de 1867 déclare responsables, en dehors des fondateurs, deux catégories de personnes : les administrateurs en fonctions et les associés apporteurs ou avantagés, quand la nullité de la société provient de la non vérification des apports et avantages.

SECTION VI.

La publicité des sociétés anonymes belges.

177. La loi de 1873 ayant posé le principe que la société anonyme jouirait de la personnalité juridique, devait poser des règles pour que cette personne fût connue du public. La loi belge n'a pas manqué à ce devoir, et elle indique dans quelques articles que nous allons étudier, la publicité qu'il faut donner tant aux sociétés anonymes qu'aux autres sociétés commerciales. Elle fait pourtant une exception et elle dispense de cette publicité :

« Les associations commerciales momentanées et les associations commerciales en participation, qui ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les sociétés » (art. 14).

L'exception paraît assez naturelle, car l'association en participation ne produit d'effets qu'entre les parties, et comme elle n'a pas de personnalité juridique (art. 3), les tiers n'ont besoin de connaître parmi les associés que ceux avec lesquels ils traitent.

178. La publicité que doivent recevoir les sociétés anonymes en Belgique, est organisée autrement qu'en France.

La loi belge veut que l'acte de société tout entier soit publié aux frais des intéressés, et par les soins de fonctionnaires énumérés en l'article 10 :

« Les actes ou extraits d'actes, dont les articles précédents prescrivent la publication seront, dans la quinzaine de la date des actes définitifs, déposés en mains

des fonctionnaires préposés à cet effet; ils en donneront récépissé. La publication devra être faite dans les dix jours du dépôt, à peine des dommages et intérêts contre les fonctionnaires auxquels l'omission ou le retard serait imputable. La publication sera faite par la voie du *Moniteur*, sous forme d'annexes, qui seront adressées aux greffes des cours et tribunaux, où chacun pourra en prendre connaissance gratuitement, et qui seront réunies dans un recueil spécial. — Un arrêté royal indiquera les fonctionnaires qui recevront les actes ou extraits d'actes, et déterminera la forme et les conditions du dépôt et de la publication. La publication n'aura d'effet, que le cinquième jour après la date de l'insertion au *Moniteur*. »

Les fonctionnaires qui ont pour mission de recevoir les actes ou extraits d'actes destinés à être publiés, ont été désignés par un arrêté royal en date du 21 mai 1873. Ce sont : les greffiers des tribunaux de commerce, et, dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunal de commerce, les greffiers des tribunaux civils qui en tiennent lieu.

179. Ainsi donc en Belgique, la publicité des sociétés anonymes, au lieu d'avoir lieu par voie d'insertion dans un des journaux d'annonces légales comme en France, elle se fait par la voie du *Moniteur*, sous forme d'annexes adressées aux cours et tribunaux, où chacun peut en prendre connaissance gratuitement. Ces annexes sont réunies en un recueil auquel on peut s'abonner.

Lors de la discussion de la loi de 1867 en France, M. Jules Simon avait proposé la création d'un bulletin unique qui centralisât les annonces destinées à faire

connaître au public les sociétés nouvelles, mais cette proposition ne triompha pas ⁽¹⁾.

Il est incontestable que le système belge est supérieur au système français, car au lieu de faire de la publicité des sociétés une affaire locale, il l'étend dans tout le pays. Il suffira à toute personne qui voudrait connaître l'existence d'une société, de parcourir les colonnes du *Moniteur*, ou bien, si elle n'a pas le *Journal officiel* à sa disposition, d'aller se renseigner au greffe de la cour ou du tribunal de commerce.

« La loi belge — dit M. Poncet — en mettant à la disposition des tiers, par un procédé simple et commode, les renseignements dont ils ont besoin, a donc bien mieux que la loi française constitué une publicité véritablement utile, une publicité telle, que les tiers n'auront plus rien à redouter que de leur propre imprévoyance ⁽²⁾. »

180. Le défaut de publication dans le délai voulu par la loi, n'entraîne pas la nullité de la société; mais le retard ou l'omission de la publication ne reste pas impunie :

« Si le dépôt, — nous dit l'article 11 — n'est pas fait dans le délai prescrit par l'article précédent, la publication des actes ou extraits d'actes, sera soumise à un droit spécial d'enregistrement qui sera d'un pour mille du capital social, mais sans qu'il puisse être moindre de 50 francs ni supérieur à 5,000 francs. »

Ce droit sera exigible sur l'enregistrement de la publication tardive, qui sera opéré d'office; il sera dû

(1) Actuellement, le projet sénatorial adopte le système belge.

(2) M. Poncet, *De la publ. des soc. com. d'après la loi belge*, — *Rev. prat.*, t. XXXVIII, p. 142.

solidairement, qu'il s'agisse d'actes passés par les notaires ou d'actes sous seing privé, par les associés ou, à leur défaut, par les associés fondateurs. — Toute action intentée par une société dont l'acte constitutif n'aura pas été publié conformément aux articles précédents, sera non recevable. Les associés ne pourront se prévaloir des actes de la société à l'égard des tiers, qui auront traité avant la publication; mais le défaut de publication, ne pourra pas être opposé aux tiers par les associés.

181. C'est donc, ainsi que nous le voyons, un système nouveau qu'inaugure la loi de 1873; système très différent de celui de la loi française de 1867, qui ne connaît d'autre sanction du défaut de publicité, que la nullité de la société. Voici comment M. Pirmez dans son remarquable rapport, faisait ressortir la supériorité du système belge :

« L'associé qui ne fait pas publier l'acte constitutif de la société, manque sans doute à un devoir légal envers les tiers qui peuvent avoir intérêt à connaître cet acte. Rien n'est plus juste que d'autoriser les tiers à repousser cet acte qui ne s'est pas manifesté à eux dans la forme légale. L'acte leur a été caché, il n'existera pas pour eux. Mais pourquoi, ce défaut d'une publication inutile pour les associés eux-mêmes leur permettrait-il de changer leur position? Pourquoi l'absence de cette formalité qui ne leur cause aucun préjudice et dont ils sont tous coupables, viendrait-elle leur ouvrir une action?

« Il y a dans cette disposition de la loi quelque chose de profondément immoral. Placée en face de plusieurs coupables qu'elle veut frapper, elle édicte une nullité

qui est tout à la fois pour les uns une perte, pour les autres une acquisition de droits; ce que ceux-là perdront à la nullité du contrat, ceux-ci le gagneront. Au lieu de punir également tous les agents responsables de l'infraction, elle provoque en la couvrant de sa protection à une violation d'engagements dommageable aux uns, avantageuse aux autres; elle fait de la mauvaise foi son auxiliaire à ce point que, si tous les associés étaient suffisamment honnêtes, toute sanction disparaîtrait. A ceux pour qui un contrat est sacré, elle n'ouvre aucune chance favorable parce qu'ils dédaigneront de se délier par une nullité sans cause à leur égard, d'un contrat que l'événement aura montré peu profitable; aux autres elle offre son concours pour les dégager de liens acceptés, mais qu'ils trouvent onéreux.

« Votre commission croit qu'on peut donner une sanction suffisante à l'obligation de la publication des sociétés, sans autoriser à violer la foi des conventions. »

182. La publication tardive donnera lieu à un droit d'enregistrement que devront payer les personnes chargées par la loi de donner à la société la publicité voulue. Ce droit d'enregistrement, qui au fond est une peine, remplace l'amende qu'il aurait été trop rigoureux de faire prononcer par le tribunal correctionnel, et anormal de la faire prononcer par le tribunal civil, puisqu'il s'agit d'une peine.

Qui paiera ce droit d'enregistrement? Il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'une société anonyme, ou d'une société en nom collectif ou en commandite; dans le premier cas, il sera supporté par le notaire, dans

le dernier, par les associés solidairement responsables.

L'acte d'une société anonyme est dressé par le notaire, qui doit procéder à sa publication sous peine de se voir appliquer l'article 11.

La peine édictée par cet article, pèse solidairement sur les associés, quand il s'agit d'une société en nom collectif ou en commandite simple.

183. Si le défaut de publication de l'acte de société a préjudicié à des tiers, quel recours leur accorde la loi? Le rapport nous l'indique :

« Une considération fondamentale — dit M. Pirmez — domine la matière, c'est que la publication n'est prescrite que dans l'intérêt des tiers. Un acte de société est destiné à avoir effet à l'égard des contractants d'abord, à l'égard des tiers ensuite. Mais si la loi déclare que le contrat non publié ne peut être opposé aux tiers, n'a-t-elle garanti complètement leurs intérêts? Quelle meilleure position pourraient-ils demander, que cette option qui leur est accordée de considérer le contrat comme aussi valable que s'il était public, ou de le regarder comme aussi nul que s'il n'avait pas été fait? »

En conséquence, si une société, qui n'a pas rempli les conditions de publicité exigées par l'article 11, agit contre un tiers, ce dernier peut à son gré, et suivant son intérêt, ou bien considérer la société comme valable, ou la tenir pour nulle faute qu'elle ait été publiée. Mais si tout à l'inverse, c'est un tiers qui actionne la société, celle-ci ne peut pas se prévaloir du défaut de publication et prétendre qu'elle n'a pas d'existence légale.

184. Il est incontestable que le système de publicité

organisé par la loi belge, est bien meilleur que celui de la loi française; il est simple et atteint plus facilement le but que le législateur a eu en vue, quand il a voulu que les sociétés fussent rendues publiques.

« Le système de publicité édicté par la loi belge — dit M. Poncet — se recommande donc tant par la simplicité des prescriptions, que par l'efficacité des mesures prescrites. Nous croyons qu'il y aurait peu à faire pour le rendre parfait; et l'on peut considérer comme résolu, un problème qui se pose depuis longtemps à l'attention du législateur, et dont la solution permettra peut-être de soumettre dans l'avenir les associations commerciales à un régime plus libéral que celui qui les régit actuellement ⁽¹⁾. »

(1) V. art. cit., *Rev. prat.*, t. XXXVIII, p. 144.

DEUXIÈME PARTIE.

L'ALLEMAGNE.

CHAPITRE I.

185. *Aperçu historique.* — Les sociétés anonymes n'ont pas toujours eu en Allemagne la même réglementation qu'aujourd'hui; elles ont été successivement régies par des lois d'abord plus rigoureuses et ensuite plus libérales que celles qui sont actuellement en vigueur.

Avant 1884, la législation allemande n'avait rien d'original, elle s'était tour à tour inspirée des législations anglaise et française. Pour bien réglementer une matière aussi importante que celle des sociétés, le législateur d'un pays doit profiter des expériences faites dans les pays voisins; c'est ce qu'a fait l'Allemagne. La loi prussienne de 1843 amendée en 1857-1858, dénote l'influence du Code français de 1807 et de la loi sur les sociétés en commandite par actions votée en France en 1856. A l'imitation du Code français, la loi prussienne exigea l'autorisation du gouvernement pour la constitution d'une société anonyme. Quand l'autorisation préalable fut supprimée en France en 1863, pour les sociétés anonymes à capital de 20 millions, et en 1867 pour toutes les sociétés anonymes en général, l'Alle-

magne par la Nouvelle de 1870 s'empessa de suivre cet exemple. D'ailleurs, dès 1857, les allemands demandaient la suppression de cette autorisation.

186. La loi du 11 juin 1870 décida, que dorénavant les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes, n'auraient plus besoin pour leur constitution de l'autorisation gouvernementale. Dès avant cette loi, le Code de commerce allemand de 1869 avait permis aux divers États de supprimer cette condition. Quelques États comme Brême, Hambourg, Lubeck, Oldenbourg, Bade, Wurtemberg, Saxe, avaient profité de cette permission pour affranchir les sociétés par actions de l'autorisation gouvernementale.

D'autres États comme la Prusse, le Schleswig-Holstein, Lauenbourg, Nassau, Waldek, Francfort, Anhalt-Dessau et la Hesse électorale, continuaient à exiger l'accomplissement de cette condition pour les sociétés anonymes seulement. D'autres États enfin, avaient maintenu la règle ancienne pour les deux sortes de sociétés. La loi de 1870 s'appliquant à tous les États, disposa qu'à l'avenir, ni les sociétés en commandite par actions, ni les sociétés anonymes n'auraient besoin d'autorisation.

C'est l'exemple donné à l'Allemagne par la France et l'Angleterre, qui la décida à supprimer l'autorisation : le gouvernement allemand comprenait d'ailleurs la nécessité de cette mesure. Voici comment s'exprime à cet égard un écrivain dont la compétence en la matière est reconnue :

« Si le régime de la concession a été supprimé par la loi de juin 1870, ce n'est point par amour de la liberté, c'est parce que le gouvernement était débordé

par les demandes d'autoriser la création des sociétés nouvelles; il ne suffisait plus à la tâche de vérifier si elles étaient raisonnables, il éprouvait le besoin de dégager sa responsabilité. Devant cette pression qui dépassait sa force, il présenta une loi rapidement bâclée et qui fut encore plus rapidement votée par le parlement. Dans l'exposé des motifs, on prévoyait l'éventualité d'abus, mais on s'y résigna ⁽¹⁾. »

187. Sous la loi de 1870, les abus les plus graves ne manquèrent pas de se produire comme on l'avait prévu. Forte de son unité politique, l'Allemagne s'adonna à l'industrie. Elle créa des usines, des fabriques, des filatures; elle agrandit les fabriques existantes, elle se mit en un mot à inonder le monde de ses produits et de prendre sur les marchés étrangers la place occupée jusqu'alors par la France. Mal lui en prit.

« La rançon de cinq milliards avait ébloui les naïfs — dit M. Paul Muller — le peuple allemand s'imagina de bonne foi que le Pactole allait couler dans le nouvel empire. D'habiles agioteurs surent exploiter cet enthousiasme des masses; ils créèrent de nombreuses sociétés anonymes; prélevèrent des parts de fondateurs et offrirent aux souscripteurs actions avec prime.

« Le public donna dans le panneau. L'Allemagne avait vaincu la France, pourquoi ne deviendrait-elle pas la première nation industrielle d'Europe? L'illusion dura deux ans; au printemps de 1873 éclata ce qu'on a appelé le krach. Comme les marchés allemand et autrichien sont solidaires l'un de l'autre, la secousse fut tout aussi forte à Vienne qu'à Berlin. L'Allemagne et

(1) V. l'art. de M. Ar. Rafallovitz dans *Journ. des Éc.*, livr. octobre 1884.

l'Autriche ont éprouvé pendant une longue série d'années les suites du krach ⁽¹⁾. »

Les allemands cherchaient à cette époque à multiplier leurs moyens de production, sans deviner que les procédés auxquels ils recouraient leur seraient désastreux dans l'avenir. Les sociétés anonymes créées en si grand nombre, prospérèrent d'abord; elles avaient peine à répondre aux nombreuses commandes qui leur arrivaient de partout. Mais on sait que les sociétés anonymes ne peuvent pas amasser de capitaux, car elles distribuent à mesure leurs bénéfices aux porteurs d'actions sous forme de dividendes; la petite réserve dont elles grossissent leur capital est insuffisante, quand le chômage arrive. Le chômage ne se fit pas attendre pour les sociétés allemandes; tant et si bien qu'après deux ans, les sociétés anonymes sombrèrent. De là des ruines et des plaintes.

188. Voici quelques chiffres qui nous montrent le grand développement qu'avait pris l'anonymat en Allemagne à la suite de la guerre de 1870 et les désastres auxquels il donna lieu.

Avant 1871, le nombre des sociétés anonymes en Prusse, n'était que de 203; dans les trois années qui suivirent la guerre, il en fut créé 843, dont 203 en 1871, 478 en 1872 et 162 en 1873. Le capital des anciennes sociétés montait à 2,192,156,424 marcs, soit 1,798,000 par établissement; celui des nouvelles s'éleva à 2,484,872,128 marcs, soit 2,947,654 par établissement. Il y eut des sociétés anonymes, dont le capital social ne fut pas supérieur à 300,000 et même à

(1) V. l'intér. art. de M. Paul Muller dans *Journal des Econ.*, livr. juillet 1884.

100,000 marcs. Les anciennes sociétés en nom collectif, se transformèrent en sociétés anonymes, de sorte que sur 1,169 sociétés anonymes créées en Prusse, 263 provenaient de cette transformation. Les actions de ces sociétés transformées furent mieux cotées et mieux vendues que celles des autres, car elles présentaient la garantie d'un passé prospère.

De 1875-1879, les anciennes sociétés continuèrent à se soutenir ou à prospérer; plus de 50 0/0 avaient un revenu supérieur à 5 0/0. Il n'en était pas de même pour les nouvelles, dont 114 ont donné moins de 1 0/0, 160 moins de 3 et 196 moins de 5 0/0; en outre, 176 ont réduit leur capital de 972,851,960 à 415,520,415 marcs, soit de plus de 50 0/0.

Sur les 1,169 sociétés prussiennes, 318 créées au capital de 1,168,900,855 marcs, ont liquidé; parmi ces 318 liquidations, on n'en compte que 30 se rapportant à des sociétés créées avant 1871; 84 sociétés possédant un capital de 137,647,991 marcs, dont 11 créées avant 1871 au capital de 49,829,124 marcs, ont fait faillite. Dans 57 faillites, le capital seul des actionnaires a été englouti; dans 43, les créanciers ont touché de 6 à 59 0/0 et dans deux les créanciers n'ont rien retiré⁽¹⁾.

189. Ces faits n'étaient pas pour laisser les allemands impassibles. Ils demandèrent à grands cris la réforme de la loi de 1870. Une interpellation eut lieu au Reichstag et M. Lasker, l'auteur de cette interpellation, demanda au chancelier de l'empire, s'il n'était pas disposé à remédier à un état de choses si préjudiciable au commerce. M. de Bismark promit de s'occuper

(1) V. art. von Dr Ehrenberger dans la rev. austr., *Die statistische Monatsschrift*, ainsi que l'art. de M. Paul Muller.

de la modification à apporter à la loi des sociétés, mais seulement après que, des études spéciales auraient été faites et que l'accord serait établi entre les divers États sur la réforme nécessaire. A la suite de cette interpellation et de cette promesse, une enquête fut ordonnée, mais avant qu'elle fût terminée, on décida la révision du Code de commerce allemand tout entier. Mais, cette révision ne pouvait pas être faite du jour au lendemain et en 1876, l'attention de la Chambre fut de nouveau attirée sur les abus qu'on faisait des sociétés anonymes et le préjudice considérable que leur mauvaise organisation causait au commerce. Une motion fut présentée et votée à une énorme majorité. Cette motion demandait au gouvernement d'insister pour que le Parlement allemand entreprît sans retard la réforme de la législation existante, dans le sens : 1° d'une meilleure observation des prescriptions légales édictées dans l'intérêt général; 2° d'une responsabilité plus stricte et mieux définie des personnes qui participent à la fondation, gestion et la surveillance de l'entreprise; 3° d'un contrôle plus indépendant et plus efficace de l'administration; 4° d'une plus grande facilité à poursuivre les transgressions à la loi.

190. Cette motion fut votée, et l'on résolut en conséquence, de procéder à la réforme des sociétés anonymes, avant la révision totale du Code de commerce. Cette réforme ne s'accomplit qu'en 1883. Les hommes les plus compétents de l'empire allemand y prirent part : des professeurs, comme le docteur Goldschmidt et Ad. Wagner, de Berlin; le banquier Delbrück, M. Russel, le directeur de la *Discontogesellschaft*, etc.

L'exposé des motifs est d'une grande clarté et pré-

sente un vif intérêt, à raison de nombreux détails qu'il donne sur les différentes législations étrangères qu'il passe en revue. Le projet fut d'abord élaboré par le Bundesrath qui y apporta quelques modifications. Il fut aussi l'objet d'une sérieuse attention de la part du Reichstag, qui le soumit à trois discussions.

Il faut constater, avant d'entrer dans ses détails, que la loi de 1884 n'a pris pour modèle aucune loi étrangère; elle contient des dispositions que nous n'avons pas trouvées jusqu'à présent ni dans la législation française, ni dans la législation belge.

191. De l'examen de cette loi, il résulte que ses auteurs ont subi deux influences opposées.

Les chambres de commerce et les banquiers, demandaient que l'on continuât à persévérer dans la voie ouverte par la loi de 1870 qui avait aboli l'autorisation préalable, et qu'on écartât toutes les mesures qui entraveraient la liberté du contrat de société. En ce faisant, disaient les représentants du commerce, on rendra le public plus soucieux de ses intérêts, et plus attentif toutes les fois qu'il s'agira de souscrire à une société; il ne s'imaginera plus que l'État, par les mesures tutélaires qu'il a insérées dans ses lois, le protège et le dispense d'examiner avec soin les statuts de la société avant de s'y engager. Les sentiments des commerçants, se manifestaient surtout dans l'avis suivant donné par la Chambre de commerce de Berlin ⁽¹⁾ :

« Marcher dans la voie inaugurée par la suppression de la concession, disait-elle. Abolir toutes les prescriptions pouvant faire naître dans l'esprit du pu-

(1) *Die älteste der Berliner Kaufmanschaft.*

blic l'illusion que la loi et le juge chargé de l'appliquer, ont la préoccupation d'imposer aux gens d'affaires une conduite correcte lors de la fondation des sociétés anonymes. Que celui qui veut entrer comme actionnaire dans une société par actions, s'informe; s'il ne peut obtenir de renseignements, qu'il s'abstienne. Le seul moyen de venir en aide aux bonnes entreprises, d'empêcher les mauvaises, c'est que le public soit abandonné à lui-même. Le remède, ce serait d'obliger législativement l'individu isolé à un examen approfondi et consciencieux. Il n'y a pas à y songer. Il faut débarrasser de toutes les prescriptions restrictives, qui peuvent induire le public à négliger de faire un examen approfondi et personnel avant son entrée dans l'affaire. »

M. Ollivier ne disait pas autre chose quand, en 1867, il défendait la liberté des sociétés commerciales. Et si le législateur allemand, avait suivi l'avis donné par la Chambre de commerce de Berlin, la loi sur les sociétés anonymes aurait pu n'avoir qu'un seul article; des textes plus nombreux ne peuvent contenir que des entraves à la liberté.

Mais contrairement aux commerçants, quelques personnes pensaient que la liberté laissée par la loi de 1870 avait donné naissance à trop de scandales, pour qu'on ne dût pas la restreindre. En conséquence, on préconisait le retour à la législation antérieure à 1870, à l'autorisation gouvernementale; on voulait en outre, que l'État nommât des inspecteurs chargés de faire observer les dispositions de la loi et de surveiller l'administration des sociétés.

Le législateur allemand, ne donna satisfaction à au-

cune de ces deux opinions extrêmes, il les a trouvées à bon droit excessives et il a pris un moyen terme. Il n'a pas rétabli l'autorisation préalable; il a laissé la liberté aux sociétés anonymes; mais il a avisé à ce que les dispositions de la loi fussent observées.

CHAPITRE II.

LA LOI DU 18 JUILLET 1884.

SECTION I.

192. L'article 207 de la loi, par lequel débute le chapitre consacré aux sociétés anonymes, en donne la définition. En Allemagne, comme partout ailleurs, une société anonyme est celle dans laquelle (*Aktiengesellschaft*) les associés ne sont pas responsables au delà de leurs mises, *wenn sich die sämmtlichen Gesellschafter nur mit Einlagen betheiligen, ohne persönlich für die verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften.*

193. Sans sortir des généralités, nous trouvons dans l'article 208 la solution d'une question débattue en droit français. La jurisprudence française, faute d'un texte précis, décide que le caractère civil ou commercial de la société anonyme se détermine, d'après la nature de ses opérations. En Allemagne, il ne peut pas y avoir de controverse, car : *Eine Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften*

besteht. Ce qui veut dire, qu'une société anonyme sera considérée comme commerciale, même alors que l'objet de son entreprise ne consisterait pas en actes de commerce.

194. La loi allemande, comme la loi française, attribue la personnalité à la société anonyme. Il y a pourtant une différence entre ces deux législations. En France, la personnalité des sociétés commerciales est reconnue par la jurisprudence et par la doctrine et non par la loi; en Allemagne, c'est la loi qui la reconnaît.

« Une société par actions — dit l'article 213 — comme telle, en cette qualité (*als solche*), a ses droits et ses devoirs propres (*hat selbständig ihre Rechte und Pflichten*), elle peut acquérir la propriété et d'autres droits réels, elle peut intenter une action en justice et y défendre (*Sie kann for Gericht klagen und verklagt werden*). C'est clair, simple; la controverse n'est pas possible, et il n'est pas besoin de recourir à des textes étrangers au Code de commerce pour établir la personnalité de la société. Il n'en est d'ailleurs ainsi que dans la loi française; car les autres pays, qui ont une loi plus récente sur les sociétés, y ont inséré une disposition analogue à celle que nous venons de lire dans l'article 213 de la loi allemande.

SECTION II.

195. *Le capital social.* — Nous n'avons pas besoin de répéter ce que nous entendons par ces mots. Mais il nous faut faire connaître la réglementation du *Grundcapital* par la loi allemande.

Le capital de fondation ⁽¹⁾, dit Makover, consiste en ce qu'on a apporté au commencement de la société, et non pas en ce que celle-ci acquiert pendant son existence ⁽²⁾. Ce capital doit être partagé en actions qui peuvent être nominatives ou au porteur.

Nous avons montré, en nous occupant de la loi belge, que celle-ci laissait pleine liberté aux fondateurs de fixer la valeur nominale de l'action, et nous observions que l'action pouvait être de 5 francs et même d'un franc. On n'a pas cette faculté en Allemagne pas plus qu'en France, et il est défendu aux fondateurs de partager le capital social en actions inférieures au chiffre fixé par la loi.

196. Avant la loi de 1884, la valeur des actions, surtout des actions nominatives, était moindre qu'elle n'est aujourd'hui. L'ancien article 207 *a* voulait que, si l'action était nominative, elle fût de 50 thalers au moins, et de 100 thalers au moins si elle était au porteur. D'après le même texte, les actions même nominatives des sociétés d'assurance, devaient être de 100 thalers chacune.

Le projet présenté par le gouvernement en 1884, fixait le montant de l'action d'une façon bien plus rigoureuse, que le texte qui a passé dans la loi. Ce projet maintenait la distinction écrite dans l'ancien article 207 *a*; il exigeait que l'action au porteur valût au moins 5,000 marcs, et l'action nominative au moins 1,000 marcs. On justifiait cette différence en disant que,

(1) *Einlagekapital oder Grundcapital*, sont deux mots exprimant la même chose.

(2) V. Makover, *Das Gesetz betreffend die Commanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft*, p. 35, note 2. — V. aussi l'exposé des motifs, n. 62.

l'action nominative créait une relation plus intime entre l'actionnaire et la société, et qu'elle était moins propre à la spéculation. Le conseil fédéral (*Bundesrath*), trouva le taux de 5,000 marcs excessif et il l'abaisse à 2,000. Le Reichstag rejeta absolument la distinction établie par le projet du gouvernement, et décida que l'action soit nominative, soit au porteur, aurait le même taux, qui serait pour l'une et pour l'autre d'au moins 1,000 marcs, soit 1,250 francs. Le député Sonnemann s'opposa à l'adoption de ce minimum, en disant qu'il n'était pas accessible à l'ouvrier et qu'il enlevait aux gens pauvres un moyen simple et commode de faire des économies. Malgré cette opposition, le taux de 1,000 marcs fut adopté et figure dans la loi actuelle.

197. Mais en fixant à 1,000 marcs la valeur minime des actions, on reconnut que ce chiffre était très élevé, et on chercha à l'abaisser dans certains cas.

Les alinéas 2 et 3 de l'article 207 *a*, permettent de donner aux actions nominatives une valeur minima de 200 marcs, dans les cas suivants :

1° Quand l'entreprise est d'une utilité générale ou satisfait un besoin local ;

2° Quand des sociétés de l'État ou des corporations publiques garantissent les dividendes sans aucune condition. Mais, même dans ces deux cas, il faut obtenir l'autorisation du *Bundesrath* ;

3° Dans le cas où une disposition des statuts, ne permet le transfert des actions que du consentement de la société.

La première exception a été établie en faveur des entreprises d'utilité publique (chemins de fer, canaux, constructions de rues, etc.), et dans le cas d'un besoin

local; mais il ne faudrait pas croire que, pour que la disposition exceptionnelle de la loi trouve sa place, l'entreprise et le besoin local doivent être renfermés dans une seule localité ou une seule commune. Le numéro 66 de l'exposé des motifs n'indique pas cette limitation. Il est évident d'autre part, que des intérêts privés ne justifieraient pas cette exception. C'est au conseil fédéral, à qui est demandée la permission d'avoir des actions de moins de 1,000 marcs à examiner, s'il s'agit d'une entreprise d'utilité publique et s'il existe un besoin local.

La deuxième exception, a pour but d'assurer, autant que possible, l'avance du capital et de rendre la souscription accessible même aux petits capitalistes. Le conseil fédéral doit examiner si les garanties sont suffisantes et les dividendes assez élevés. Pour appliquer ces deux exceptions, le conseil fédéral doit examiner s'il peut faire usage de son droit sans compromettre des intérêts économiques. Il ne doit pas, pour prendre parti, considérer ce que rapportera l'entreprise, car son examen ne doit pas aboutir à la concession d'une autorisation, analogue à celle qui était autrefois requise. Mais quelles sont les corporations publiques dont parle la loi? Il faut répondre que cela dépend des principes de droit en vigueur dans chaque État fédéral⁽¹⁾.

198. La troisième exception s'explique par cette idée que, les actions qui ne peuvent se transmettre qu'avec l'autorisation de la société, ne se prêtent pas à l'agiotage, à cause de la difficulté de transmission.

Aussi les articles 180 *g* et 215 *c* décident que, la

(1) Makover, *op. cit.*

disposition des statuts, suivant laquelle les actions ne sont transférables qu'avec l'autorisation de la société, ne peut être modifiée; les articles 182 et 220 d'autre part, disposent que le consentement du conseil de surveillance et de l'assemblée générale est nécessaire au transfert, et que le nom de l'acquéreur doit être indiqué en justice ou par devant notaire. Enfin, les articles 181 *a* et 215 *c*, ordonnent que les restrictions auxquelles les actionnaires sont soumis, quant à la forme du transfert de leurs droits, soient révélées aux intéressés, autrement l'aliénateur serait susceptible d'une peine. Malgré cette triple exception, la règle qui fixe à 1,000 marcs la valeur minima des actions est excessive; elle rend trop difficile la souscription du capital social.

199. Le capital social en Allemagne comme partout ailleurs, doit être entièrement souscrit; ce qui ressort du n° 2 de l'article 210, qui nous dit :

« Dans le cas où toutes les actions émises ne seraient pas prises par les fondateurs, les copies des actions souscrites par d'autres que les fondateurs doivent accompagner la demande de transcription des statuts, dans le but de faire savoir que le capital social a été entièrement souscrit: »

Sur chaque action, il faut effectuer un premier versement; ce versement est du quart en Allemagne. Il faut observer que le *quantum* du premier versement était moindre sous le Code de commerce. Avant la loi de 1884 le versement initial n'était que d'un dixième, et dans les sociétés d'assurance d'un vingtième.

200. *Les souscriptions.* — Le capital social peut être entièrement souscrit par les fondateurs, qui doi-

vent être au nombre de cinq ; il peut aussi être souscrit partie par les fondateurs, et partie par d'autres personnes. Quand tout le capital social a été souscrit par les fondateurs et qu'on n'a pas eu besoin de souscripteurs étrangers, la fondation de la société est dite *simultan gründung*. Dans l'autre cas, quand la société a besoin pour se constituer de faire appel au public, il y a une fondation successive *successiv gründung*.

La loi de 1870 ne contenait rien de particulier à propos des souscriptions, elle se bornait à dire que : « pour la souscription des actions une déclaration écrite suffit. » La loi de 1884 est bien plus prévoyante, elle établit une foule de prescriptions quand il s'agit de ce mode de fondation, et toutes ces précautions ont pour but de protéger les actionnaires contre toute surprise, et d'assurer la vérification des allégations des fondateurs ⁽¹⁾.

201. « Si toutes les actions n'ont pas été prises par les fondateurs — dit l'article 209 *e* — une souscription précédera la création de la société. Cette souscription sera suivie d'une publication écrite, qui indiquera la participation de chacun dans la souscription, le montant et le genre des actions. »

Le bulletin de souscription (*die Erklärung oder Zeichnungsschein*) fait en double exemplaire, doit contenir :

1° La date des statuts, ce qui exige leur rédaction préalable, l'objet de l'entreprise, les avantages particuliers stipulés en faveur de certains actionnaires, le nombre et l'espèce des actions. Un simple renvoi aux statuts ne suffit pas ;

(1) V. article de M. Rafallovitz, octobre 1884, *Journ des Éc.*

2° Les nom, domicile, profession des fondateurs, afin qu'on puisse savoir en face de qui l'on se trouve. C'est une indication qui permet de juger la solidité de l'entreprise;

3° La date à laquelle la souscription perdra sa valeur, si la société n'a pas été encore constituée. C'est là une disposition très importante, qui a pour but de limiter la durée de l'engagement du souscripteur;

4° Le montant de l'émission et le montant du premier versement, qui doit être au minimum de 25 0/0.

Ces prescriptions sont autant de renseignements très nécessaires pour celui qui souscrit. Elles empêchent, à condition qu'elles soient lues, le souscripteur d'apporter son argent à une société qu'il ne connaît que superficiellement.

202. Le même article ajoute, que les souscriptions qui ne contiennent pas les indications prescrites, sont nulles et de nulle valeur. Mais cette nullité pourra être couverte et l'engagement du souscripteur être tenu comme valable quand, malgré la nullité, l'inscription de la société aura lieu au registre de commerce, et que le souscripteur, sur la base de sa déclaration écrite, aura voté ou exercé ses droits d'actionnaire ou rempli ses engagements.

Cette disposition additionnelle est sage et prudente. Est nulle et de nulle valeur, la souscription qui ne se serait pas faite conformément à l'article 209 *e*, mais cette nullité n'est que relative. Il est logique qu'il en soit ainsi. En effet, dans l'intérêt de qui la loi exige-t-elle que le bulletin de souscription contienne tous ces renseignements? dans l'intérêt du souscripteur assurément. Si donc ce dernier les a connus (et il est

censé les avoir connus, quand il accomplit ses devoirs de souscripteur et profite des droits d'associé), quel intérêt y a-t-il, à déclarer la souscription nulle? aucun. La nullité étant relative, le souscripteur dont le bulletin est incomplet pourrait se prévaloir de cette imperfection et se retirer; il ne l'a pas fait, il a au contraire accompli ses devoirs d'actionnaire, et dès lors il est censé avoir renoncé à invoquer la nullité de la souscription; en l'acceptant telle quelle, il ratifie en quelque sorte un acte nul vis-à-vis de lui. Il n'y aurait donc aucune utilité à persister à déclarer la souscription nulle, ce qui entraînerait la nullité de la société ou retarderait sa constitution. Les mesures rigoureuses ne sont bonnes, que quand elles profitent à quelqu'un. Personne ne profitant de l'annulation d'une société à cause d'une souscription qui, malgré son imperfection, a été tenue pour valable par les intéressés.

203 Dans les législations que nous avons déjà parcourues, et dans celles que nous allons parcourir, la souscription du capital social ne suffit pas; elle ne paraît pas sérieuse; tant qu'elle n'a pas été suivie d'un versement quelconque. Pour une action émise au pair, nous savons que la loi allemande veut que le premier versement soit de 25 0/0 ou du quart; de combien doit-il être, au cas où l'action est émise au-dessus du pair? Doit-on verser le quart de l'action et de la prime, ou bien le quart de l'action seulement? la loi nous le dit. Elle veut que, dans cette hypothèse le premier versement se compose du quart de l'action et de la prime tout entière; ainsi par exemple, pour une action de 1,000 marcs émise à 1,010 on versera le quart

de l'action et la prime tout entière, soit 260 marcs.

204. *Les apports en nature et les avantages particuliers.* — Pour les apports en nature, ce deuxième élément qui entre le plus souvent dans la composition du capital social, la loi allemande ne manque pas de poser des règles destinées à prévenir des abus si fréquents et si faciles à commettre.

Quand on a promis de faire à la société un apport en nature, il faut qu'elle soit sûre d'avoir le bien qui lui a été promis; à cet effet, la loi de 1884 veut que, celui qui a fait la promesse d'un apport en nature garantisse l'exécution de sa promesse. En quoi doit consister la garantie, la loi ne le dit pas; c'est aux fondateurs et au *Registerichter* à voir si la garantie fournie est solide, ou si l'apporteur doit en procurer une autre. D'un autre côté, comme il s'agit du capital social, il faut que les statuts fassent mention de tous les apports en nature qui seraient faits à la société, pour que les intéressés connaissent la situation matérielle de la société à fonder.

Non contente que les apporteurs s'obligent et garantissent l'exécution de leurs apports, la loi exige en outre, que les mêmes personnes fassent une déclaration revêtue de leurs signatures, où elles indiquent le prix qu'elles demandent; elles doivent motiver ce prix, faire connaître les circonstances qui les déterminent à le réclamer, et indiquer la valeur que les biens apportés ont eue pendant les deux dernières années.

205. Ainsi que nous voyons, l'estimation première des biens apportés est faite par les apporteurs eux-mêmes, d'habitude des fondateurs (*die Gründer*); mais on ne se rapporte pas à eux, et leur estimation n'est pas

acceptée sans contrôle. La loi allemande s'est méfiée des évaluations exagérées, en exigeant une expertise des biens apportés. Cette expertise est confiée aux membres de la direction et du conseil de surveillance; et si les membres de la direction, sont les fondateurs qui ont fait les apports, l'expertise est faite par des réviseurs spéciaux (*Revisoren*), qui sont désignés par la chambre de commerce.

Ceux qui ont fait l'expertise, les membres de la direction (*die Mitglieder des Vorstandes*), et les membres du conseil de surveillance (*die Mitglieder des Aufsichtsraths*), ou les réviseurs spéciaux, doivent faire un rapport écrit sur ce qu'ils ont constaté.

La manière dont serait faite l'expertise, a été l'objet d'une grave discussion au Reichstag. Le projet primitif voulait qu'au cas où les membres de la direction ou du conseil de surveillance seraient les apporteurs, les experts fussent désignés par les fondateurs; en ce cas, les réviseurs spéciaux auraient été les substituts des fondateurs, et auraient fait le rapport à leur place. On n'a pas accepté ce système, et la commission parlementaire a remplacé les substituts des fondateurs, par des réviseurs spéciaux nommés par la chambre de commerce. On a fait ce changement, dans la crainte de ne pas trouver des personnes absolument étrangères à la société, qui voulussent prendre sur elles la responsabilité de l'expertise; faute de pouvoir trouver des gens sérieux qui procédassent à l'expertise, les fondateurs auraient nommé des hommes de paille, qui, n'ayant rien à perdre, se prêteraient volontiers aux combinaisons imaginées par les fondateurs. Autant aurait valu qu'il n'y eût pas d'expertise.

La loi allemande pousse encore plus loin les précautions, et pour empêcher les fondateurs de tourner les règles relatives à l'évaluation des apports en nature, elle décide que, la société dans les deux premières années de son existence légale, ne pourra acquérir d'immeubles pour une somme dépassant le dixième de son capital, qu'avec l'autorisation de l'assemblée des actionnaires ⁽¹⁾.

206. Tout avantage particulier devra être indiqué dans les statuts. Celui qui demande un avantage particulier doit, dans une déclaration par lui signée, faire ressortir les motifs qui lui donnent droit à l'avantage demandé. D'autre part, les avantages particuliers subiront la même expertise que les apports en nature.

La loi interdit aussi de stipuler, en faveur des fondateurs ou de personnes quelconques, un droit de préférence sur les actions à émettre ultérieurement. Ce droit de préférence, qui était admis avant la loi de 1884, avait présenté dans la pratique de plus graves inconvénients; les conseils d'administration augmentaient inutilement le capital social, afin d'émettre de nouvelles actions et de réaliser une prime sur leur revente ⁽²⁾.

207. Il peut se faire, qu'il soit fait des dépenses au profit de la société par un ou par des associés qui entendent bien être remboursés en actions. En pareil cas, il faut indiquer dans les statuts : en quoi consistent les dépenses, en quoi ont-elles profité à la société,

(1) *Annuaire de législation étrangère et française de 1884*, p. 101, art. de M. Dietz.

(2) V. Makover, *op. cit.*, note 19.

le ou les noms des actionnaires qui les ont faites et le nombre des actions qu'ils réclament. Le législateur allemand a voulu ne laisser aucune place à la fraude. Il serait très facile aux fondateurs de s'attribuer un certain nombre d'actions sous prétexte, qu'ils ne font que se payer des dépenses par eux avancées; mais l'obligation qui leur est imposée par la loi de les indiquer dans les statuts et de les motiver, ne leur permettra pas de se faire rembourser des frais fictifs. L'inobservation de cette disposition de la loi est prévue par l'article 209 *b*, qui dit que :

« Si l'indication des dépenses faites au commencement de la société et de la manière dont elles ont été acquittées n'est pas contenue dans les statuts, les dites dépenses ne sont pas opposables à la société. »

Ce qui veut dire qu'elles restent à la charge de ceux qui les ont faites, alors même qu'elles auraient profité à la société.

208. *Le conseil d'administration.* — La société anonyme a trois organes : l'assemblée générale, la direction et le conseil de surveillance. Occupons-nous d'abord du conseil d'administration composé de la direction (*Vorstand*) et du conseil de surveillance (*Aufsichrath*).

La direction qui dirige la société, est formée d'un ou plusieurs directeurs. Le conseil de surveillance se compose de trois membres pris parmi les actionnaires ou non, et a pour mission le contrôle de la société.

Par qui est nommé le conseil d'administration ainsi formé? Dans le silence de la loi, il faut décider que c'est par les fondateurs. Mais ce que la loi veut, c'est que les personnes nommées soient connues du public

et du tribunal chargé de procéder à la transcription des statuts.

« Il faut — dit l'article 210, n. 3 — que la demande de transcription, soit accompagnée des données authentiques sur l'organisation du conseil d'administration. »

Ce qui revient à dire que, les fondateurs doivent indiquer la composition du conseil d'administration et l'étendue de ses pouvoirs.

Les membres du conseil d'administration seront connus des tiers par la publicité que le tribunal de commerce devra donner à une partie des statuts. Avec l'extrait des statuts qui sera publié par les soins du tribunal, on publiera les nom, prénoms et domicile des membres du conseil d'administration, et, en vertu de l'article 209 *h*, des contrôleurs spéciaux.

Le rôle du conseil d'administration est varié; c'est lui, qui vérifie les apports en nature et les avantages particuliers, dans le cas où il n'est pas composé des apporteurs ou des bénéficiaires des avantages; c'est lui encore, qui signe la demande de transcription des statuts (art. 210); c'est lui enfin, qui donne tous les renseignements à l'assemblée générale convoquée par le tribunal (art. 210 *a*).

Disons aussi que sa révocation peut avoir lieu par un vote de l'assemblée générale.

209. La loi de 1884 consacre une innovation destinée à assurer le contrôle de la société. Elle donne droit aux actionnaires représentant le dixième du capital social, de demander au tribunal de nommer des réviseurs, quand ils pensent que des irrégularités ont été commises. Mais leur requête n'est admise qu'à plu-

sieurs conditions : les requérants doivent d'abord avoir demandé la nomination des réviseurs à l'assemblée générale et avoir consigné les frais nécessaires.

Ce droit de contrôle n'existe pas pour tous les actionnaires ; pour qu'ils aient le droit de demander la nomination des réviseurs, il faut non seulement qu'ils représentent le dixième du capital social, mais encore qu'ils soient propriétaires de leurs actions depuis au moins six mois. Cette dernière précaution est prise dans l'intérêt de la société, afin qu'elle ne soit pas exposée à des contrôles provoqués par des personnes mal intentionnées.

210. *L'assemblée générale.* — Les actionnaires doivent vérifier par eux-mêmes si la société a été constituée conformément aux dispositions de la loi. A cet effet, ils doivent se réunir en assemblée générale ; et, ainsi réunis ils procèdent à un sérieux examen, après lequel, ils décident du sort de la société. Toutes les législations commerciales que nous avons étudiées et que nous étudierons exigent, pour que la société anonyme naisse viable, un vote favorable de l'assemblée générale.

211. L'assemblée générale ne se réunit pas quand le besoin ne s'en fait pas sentir ; ainsi en est-il, quand les fondateurs ont souscrit à eux seuls toutes les actions de la société. Il est évident que la réunion de l'assemblée générale n'étant pas nécessaire, n'a pas besoin d'avoir lieu.

Ce n'est que quand on a fait appel au public et qu'il y a des souscripteurs autres que les fondateurs, que la société ne peut rien faire, tant que sa constitution n'est pas approuvée par les actionnaires. C'est ce que de-

mande la loi ⁽¹⁾, quand elle dit : Au cas où les fondateurs n'auraient pas souscrit toutes les actions (*in dem Falle dass die Gründer nicht alle Aktien übernommen haben*). Il est donc certain que dans ce dernier cas, l'assemblée des actionnaires doit avoir lieu; et rien ne dispense les fondateurs de faire des démarches en vue de sa convocation. Mais il est non moins certain, que le soin de la convocation ne pèse pas sur les fondateurs. Sur ce point, nous trouvons une différence notable entre la loi française et la loi allemande.

212. Nous avons expliqué ce qu'il fallait entendre par fondateurs en droit français; nous avons dit que notre définition ne reposait sur aucun texte de loi; il y a dans la loi allemande, un article qui nous dit ce qu'il faut entendre par les fondateurs. D'après ce texte « sont fondateurs les actionnaires qui ont rédigé les statuts ou qui ont fait des apports autres qu'en argent comptant. » Cette définition ne ressemble pas du tout à la nôtre; et si nous étions en Allemagne, comme la loi est formelle, nous nous y inclinerions; en France, cependant, et dans les autres pays où il n'y a pas de texte précis, nous croyons que notre définition garde toute sa valeur.

213. Nous avons déjà observé qu'en Allemagne, les fondateurs n'ont pas l'obligation de convoquer l'assemblée générale. Nous pensons que d'après la loi allemande, les fondateurs sont seulement tenus de faire des démarches pour que l'assemblée se réunisse : c'est d'ailleurs leur intérêt, la société ne pouvant être définitivement constituée que, quand l'approbation des actionnaires réunis en assemblée a été obtenue.

(1) V. article 210 a.

La convocation et la direction de l'assemblée appartiennent au tribunal de commerce. Nous nous exprimons pourtant improprement, quand nous disons que c'est le tribunal de commerce qui convoque et qui dirige les débats de l'assemblée, car en Allemagne comme partout, le tribunal de commerce comprend plusieurs membres, et il serait matériellement impossible que tous les membres du tribunal convoquassent et présidassent l'assemblée; il faut donc dire que, la convocation sera faite au nom du tribunal par le président et que l'assemblée sera présidée par un juge délégué.

Les actionnaires réunis en assemblée reçoivent du conseil d'administration les renseignements qui leur sont nécessaires, ils prennent connaissance du rapport qui doit être fait sur les apports en nature et les avantages particuliers; et enfin procèdent au vote. Comme c'est là une question très intéressante, voire même capitale, puisqu'il s'agit de l'existence de la société, la loi allemande ne se contente pas du vote de la simple majorité. Elle veut que, la majorité qui décidera de la vie ou de la mort de la société, soit formée du quart du nombre total des actionnaires, et que ce quart en nombre représente à son tour le quart du capital social.

L'unanimité des voix des actionnaires est exigée, pour assigner après coup à la société une durée différente que celle qui lui avait été fixée, ou d'étendre les avantages particuliers conférés aux fondateurs.

La simple majorité est suffisante pour autoriser l'ajournement de toute décision à prendre sur la constitution de la société.

SECTION III.

Les statuts (*der Gesellschaftsvertrag ou statut*).

214. En ce qui concerne les statuts, nous trouvons dans la loi allemande une réglementation qui, n'a pas sa pareille dans les législations des autres pays. Nous avons vu la loi française et la loi belge, laisser aux fondateurs la pleine liberté d'insérer dans les statuts les dispositions que bon leur semble. Le législateur allemand n'a pas cru pouvoir se fier aux fondateurs ; les événements qui avaient rendu la nouvelle loi nécessaire étaient encore assez récents, pour que le législateur, désireux de les faire cesser, ne réglât pas les moindres détails avec précaution.

D'après la loi allemande il est impossible à moins de cinq personnes de rédiger les statuts. Les personnes, au nombre de cinq au moins qui déposent les statuts au greffe du tribunal, doivent être actionnaires de la société ; et elles font connaître le nombre d'actions possédées par chacune d'elles au tribunal où le dépôt doit s'effectuer. Les statuts en outre, pour être conformes à la loi, doivent contenir :

- 1° L'enseigne (Firma ⁽¹⁾) et le domicile de la société ;
- 2° L'objet de l'entreprise ;
- 3° Le montant du capital de fondation et celui de chaque action ;
- 4° La nature des actions nominatives ou au porteur,

(1) Le mot Firma signifie *raison sociale*, nous préférons le traduire par *enseigne*, car il s'agit d'une société anonyme.

et dans le cas où il y en a de deux espèces, le nombre d'actions de chaque espèce ;

5° Le mode de nomination et la composition de la direction ;

6° La forme dans laquelle aura lieu la convocation de l'assemblée des actionnaires ;

7° La forme dans laquelle aura lieu la publicité de la société.

Toutes ces dispositions font l'objet de l'article 209 de la loi.

215. Nous n'avons pas fini avec les indications que doivent contenir les statuts, la loi allemande en exige encore d'autres qu'elle prescrit dans l'article 209 *a*.

Ainsi il ne faut pas cacher aux actionnaires la durée de la société ; si cette durée est limitée, il faut l'indiquer dans les statuts. La permission d'émettre les actions au-dessus du pair doit être insérée dans les statuts. De même que, le mode de distribution des dividendes doit faire l'objet d'une disposition des statuts. En outre dans certains cas, l'assemblée générale ne doit prendre de décisions qu'à une majorité spéciale, il faut que les statuts disent quels sont ces cas et indiquer la majorité requise, etc.

Qu'arrive-t-il si les statuts sont incomplets ? le Registerichter refuse de les transcrire dans le registre de commerce jusqu'à la réparation de l'omission.

216. Les statuts de la société contenant les indications légales, doivent être transcrits. Cette transcription a lieu au tribunal de commerce de la localité, où la société a son siège, sur un registre à ce destiné. La demande de transcription doit être accompagnée des pièces suivantes :

1° Dans le cas prévu par l'article 209 *b*, relatif aux conventions destinées à assurer le dépôt de l'argent provenant des souscriptions, un compte de dépenses faites à l'occasion de la constitution de la société, lequel compte doit indiquer séparément les compensations acquises par ces dépenses, leur genre, leur coût et ceux qui les ont fournies.

2° Quand toutes les actions émises, n'ont pas été prises par les fondateurs, mais que des étrangers ont été appelés à souscrire, il faut que les copies des souscriptions soient présentées, pour prouver que le capital social a été souscrit; avec un acte authentique signé par tous les actionnaires indiquant le versement qui a été fait de chaque action, ainsi que tout paiement déjà effectué.

3° Des données authentiques sur l'organisation du conseil d'administration et de surveillance.

4° Dans le cas où la société ne peut se constituer qu'après l'autorisation de l'État, comme dans le cas de l'article 207 *a*, il faut que cette autorisation accompagne la demande de transcription.

217. D'autres pièces doivent rejoindre dans un bref délai les statuts à leur dépôt; ainsi toute décision de l'assemblée générale prise dans les deux ans, à partir de la transcription des statuts, qui aurait pour effet de transformer le dixième du capital social en immeubles, doit être rapportée au registre commercial où se trouvent les statuts; cette décision sera accompagnée du rapport du conseil de surveillance relatif à la transformation dont il s'agit (213 *f*).

En outre, les modifications apportées aux statuts doivent être connues du public; dans ce but, les déci-

sions de l'assemblée générale qui contiennent ces modifications, sont transcrites sur le registre commercial, dans la même forme que les statuts. Les statuts peuvent être modifiés à la majorité qu'ils ont fixée; s'ils n'ont pas prévu ces modifications, la loi supplée à leur silence. Elle considère que, la majorité ordinaire n'est pas suffisante pour prendre un parti si grave et elle veut, pour que la modification des statuts soit valablement faite, que la décision qui l'a effectuée soit rendue à une majorité représentant les trois quarts du capital social.

218. *La publicité.* — Pour la publication de la société, le *deutsche Reichsanzeiger* (journal d'annonces légales) est l'organe de publicité obligatoire. La phrase de la loi « d'autres feuilles en dehors de la précédente sont à déterminer par le contrat de société, » ne contient pas une prescription obligatoire. D'après le n° 213 de l'exposé des motifs, elle signifie que, la société si elle veut, peut désigner d'autres feuilles (journaux) pour sa publication; en pareil cas, les journaux désignés doivent figurer dans le contrat de société. Les statuts ne contiennent-ils aucune disposition relative à la publication de la société, on est fondé à en conclure que la publication ne résulte que de l'insertion au *Reichsanzeiger*; les statuts indiquent-ils d'autres journaux, les journaux désignés contiendront aussi la publication de la société ⁽¹⁾.

219. Le tribunal de commerce, d'autre part, par les renseignements que les fondateurs doivent lui fournir, est mis à même de connaître la société dans tous

(1) V. Makover, *op. cit.*, p. 38, note 14.

ses détails ; par conséquent, personne n'est mieux que lui à même d'apprendre au public si la société est régulièrement constituée. C'est donc lui qui achève de donner à la société la publicité requise.

« Un extrait des statuts sera publié, dit l'article 240 *c*, par le tribunal de commerce. Cet extrait doit contenir :

« 1° La date des statuts et les indications contenues dans les articles 209 alinéas 2 et 3 (l'objet de l'entreprise, le montant du capital social et de chaque action), 209 *a*, n^{os} 1 et 4 (la durée de la société et le droit des actionnaires aux dividendes) et 209 *b* (les souscriptions);

« 2° Les noms, prénoms, domiciles des fondateurs, en indiquant s'ils ont pris à eux seuls toutes les actions de la société;

« 3° Les noms, prénoms et domiciles des membres du conseil d'administration et de surveillance, ainsi que des contrôleurs (*Revisoren*) prévus par l'article 209 *h*. »

Si les statuts contiennent une disposition en vertu de laquelle le conseil d'administration peut prendre une décision importante, cette disposition devra aussi être rendue publique.

220. *La sanction des prescriptions de la loi du 18 juillet 1884.* — La loi allemande ne déclare la société non existante que dans un seul cas; c'est quand la transcription des statuts dans le registre de commerce n'a pas eu lieu; écoutons plutôt l'article 211 :

« Avant la complète transcription sur le registre de commerce, la société anonyme n'existe pas comme telle » (*Vor erfolgter Eintragung in das Handels-*

register besteht die Actiengesellschaft als solche nicht).

« Et si, avant cette transcription, on a agi au nom de la société, ceux qui ont fait de pareilles opérations sont responsables personnellement et solidairement. »

En dehors de ce cas, la nullité de la société n'est jamais prononcée.

221. Le législateur allemand, quand il a sanctionné les règles qu'il posait, n'a eu en vue que l'intérêt de la société. Il s'est dit que les irrégularités n'étaient pas imputables à la société, qu'elle ne devait pas souffrir des fautes de ceux qui étaient chargés de sa direction et de la mauvaise foi de ceux qui traitaient avec elle ; et il a posé, en principe, que toute personne qui porterait un préjudice quelconque à la société en serait responsable et tenue de le réparer.

Si, malgré l'examen des statuts par le Registerichter, la société a une constitution irrégulière ou imparfaite, ce sont les fondateurs qui seront responsables de cette irrégularité ou imperfection.

Les fondateurs sont responsables solidairement, dit la loi, de l'inaccomplissement des formalités exigées à l'occasion de la souscription et de l'encaissement du capital social ; ils sont encore responsables, et de la même manière, si la transcription de l'acte de société au tribunal de commerce n'a pas eu lieu. Les fondateurs répondent aussi du non acquittement des actions ; et tout manque d'encaissement, et toute dépense qui ne serait pas insérée dans les statuts, sont à leur charge. Ils sont, en outre, solidairement tenus envers la société de réparer le dommage qu'ils auraient causé par leurs apports en nature.

La responsabilité établie par la loi allemande nous

semble excessive, et nous nous demandons de quoi les fondateurs sont coupables, quand un actionnaire ayant versé le quart de son action, se refuse ensuite à en compléter le paiement? On peut très bien admettre en pareil cas, que la société poursuive le paiement de l'action ou la vendre à la Bourse si l'actionnaire est récalcitrant, mais n'est-il pas injuste que de faire subir aux fondateurs la perte que la société peut essuyer à cette occasion? Nous croyons donc, que la loi française a été plus sage en ne faisant pas aux fondateurs une position si dure.

Outre les fondateurs, la responsabilité atteindra en règle générale, toute personne complice de l'acte préjudiciable à la société.

222. Telle est dans ses traits généraux la législation allemande, très différente de la législation française.

« La loi française — dit M. Rafallovitz — ne prend pas de mesures préventives contre les vices de forme dans la constitution des sociétés. Elle laisse établir la société aux risques et périls des intéressés; elle cherche à forcer les fondateurs au respect de la loi par des mesures répressives : nullité de la société, action en dommages et intérêts.

« En Allemagne, on a peu de confiance dans l'efficacité des mesures répressives; les menaces ne suffisent pas et une fois que la société a été fondée, les actions placées dans le public, l'entreprise en plein développement, il est difficile de renverser l'édifice, de bouleverser tout cet organisme par une déclaration de nullité sans causer des pertes considérables à tous les intéressés créanciers, ou actionnaires. L'exposé

des motifs allemand se prononce contre le système français et lui en préfère un autre, consistant dans un ensemble de prescriptions qui déterminent les conditions de la fondation et de l'administration. Le capital entier doit être souscrit et en partie versé, c'est la condition préalable qui sera vérifiée par la société et par le Registerichter. Par l'enregistrement, la société obtient définitivement son existence.

« La réforme opérée en Allemagne, a eu pour objet de rattacher davantage les intéressés à l'entreprise au moyen de dispositions sur l'action et la responsabilité résultant de la souscription, d'assurer le capital social, d'organiser le procédé de la fondation de façon à mettre les fondateurs en avant, en face de la société à fonder et de permettre à celle-ci une vérification matérielle qui allégera la tâche du Registerichter ⁽¹⁾. »

223. Si la loi allemande présente quelques avantages, elle est trop compliquée, trop pleine de détails inutiles, défaut qui à lui seul, la rend peu pratique et l'empêche d'être mise au nombre des meilleures législations sur la matière. Sa sévérité est excessive; aussi y regarde-t-on à deux fois avant de constituer la société; et souvent, effrayés par la responsabilité qui les menacent, les fondateurs d'une société renoncent à une entreprise qui aurait eu chances de succès.

La loi allemande est trop compliquée et trop rigoureuse; ces deux défauts capitaux, ne sont pas rachetés par les avantages qu'elle présente.

(1) V. article cité, *Journ. des Écon.*, octobre 1884.

TROISIÈME PARTIE.

I. — L'ITALIE.

CHAPITRE I.

LÉGISLATION ANCIENNE.

224. C'est en Italie, ainsi que nous l'avons dit dans les notions historiques sur la société anonyme, que s'est développée cette sorte d'association où les capitaux jouent le principal rôle. Mais la législation italienne en matière de sociétés, fut assez longtemps dénuée d'unité.

Il était impossible que le pays italien partagé en tant d'États, eût un Code de commerce unique. Des lois différentes étaient en vigueur dans les divers États de la péninsule. Ainsi : le royaume des deux Siciles, était régi par « les lois exceptionnelles pour les affaires du commerce » mises en vigueur le 1^{er} septembre 1819. Les États pontificaux, étaient gouvernés par le « *Règlement provisoire du commerce du mois de juillet 1821* ; » en Toscane, était en vigueur le Code français avec quelques modifications sans importance ; dans le duché de Parme, le Code français formait également le fond de la législation commerciale, sauf quelques différences en matière de lettre de change. En

Lombardie, le Code français avait subi de nombreuses modifications, ainsi : le premier livre avait été modifié par la loi austro-allemande sur le change; le livre deux par l'édit politique de navigation de Marie Thérèse du 25 avril 1774; le livre trois par le règlement sur la procédure civile; le livre quatre enfin, par la nouvelle juridiction du 20 novembre 1852. Les États Sardes avaient pour législation commerciale le Code de commerce pour les États de S. M. le roi de Sardaigne, en vigueur depuis le 3 décembre 1842.

225. C'est la loi allemande qui s'appliquait aux territoires les plus étendus; puis venait la loi française.

L'unité politique de l'Italie devait amener son unité juridique. Tant que les diverses provinces de l'Italie formèrent autant d'États, chaque État, jaloux de sa souveraineté, avait un Code de commerce spécial. La différence entre les divers Codes était plus ou moins grande, suivant que les deux législations étrangères qui se partageaient l'influence en Italie, différaient plus ou moins.

Cet état de choses dura jusqu'à la réunion des diverses provinces sous le sceptre de Victor-Emmanuel. Une loi du 2 avril 1865, autorisa le gouvernement à publier le Code de commerce Albertin (*Il codice di commercio per gli stati Sardi*), avec les modifications que lui apportaient les lois du 13 avril 1853 sur la lettre de change et le billet à ordre, et celle du 8 août 1854 sur les courtiers. Mais l'œuvre de codification n'était pas facile. « Il y avait à compulser les Codes en vigueur dans les divers États italiens, à prendre dans chacun de ces Codes les dispositions les plus sages, à les coordonner en y ajoutant ce qui paraîtrait juste et

utile, afin de former ainsi un ensemble de lois qui n'offrirait qu'une résumption perfectionnée de celles en vigueur dans les pays réunis ⁽¹⁾. »

226. La loi du 2 avril 1865 qui autorisait la publication du Code de commerce en même temps que celle du Code civil, portait :

« Le gouvernement est autorisé à publier..... 3° Le Code de commerce de Charles Albert du 30 décembre 1842 avec les modifications résultant de la loi du 13 avril 1853 sur la lettre de change et les billets à ordre, ainsi que celle du 8 août 1854 sur les intermédiaires et les courtiers de commerce, en supprimant les articles 5, 8, 663 à 685 du Code précité et en y ajoutant les articles 189-194 des lois exceptionnelles pour les affaires de commerce des deux Siciles, qui sont relatifs aux ordres sur les marchés. »

L'article 2 contient la voie à suivre par ceux qui étaient chargés de la confection du Code : « Le gouvernement du roi aura le droit d'introduire dans les Codes et dans les lois mentionnées en l'article précédent, les modifications nécessaires pour en coordonner dans chaque matière les dispositions particulières, tant dans la substance que dans la forme, avec les principes directifs adoptés et cela sans les altérer autrement que pour coordonner ces Codes entre eux et pour les mettre en rapport avec les autres lois de l'État. »

227. La confection du Code était donc confiée au gouvernement, mais il devait se servir pour ce travail, des éléments que lui fournissaient les lois commerciales des divers États italiens. Deux décrets royaux du 2 et

(1) V. M. Victor Molinier, *Étude critique de législat. commer. comparée*, p. 4.

du 6 avril 1865 instituèrent une commission pour rédiger le Code. D'éminents jurisconsultes et professeurs de droit en firent partie; le professeur Caveri, de Gênes, en eut la présidence et M. Gervassoni, conseiller à la Cour de cassation, la vice-présidence. La commission ne fit pas trop attendre le résultat de ses travaux; dans peu de temps après sa nomination, elle rédigea et soumit au garde des sceaux d'alors, M. Vacca, un projet de Code de commerce. Ce projet promulgué le 23 juin 1865, entra en vigueur le 1^{er} janvier 1866, en même temps que le Code civil.

228. Le Code de commerce italien de 1866 est divisé comme le Code français en quatre livres et il contient 732 articles. Le premier livre traitait du commerce en général; le deuxième, du commerce maritime; le troisième, des faillites et banqueroutes; le quatrième enfin, de la compétence des juges de commerce et de la contrainte par corps en matières commerciales.

229. Ce Code, outre les nombreuses imperfections qu'il contenait, présentait de nombreuses lacunes; ainsi il ne disait pas mot du contrat de transport sur les voies ferrées, du compte-courant, du dépôt, des assurances terrestres, du chèque et de beaucoup d'autres encore (1). En outre, les sociétés commerciales n'avaient pas été l'objet des préoccupations de la commission de 1865, la place qu'elles occupent dans le Code de 1866 est assez restreinte; un seul titre, le titre 7 du premier livre leur est consacré.

L'imperfection du Code de commerce se fit bientôt

(1) V. Ercole Vidari, *Corso di diritto commerciale*, t. I, p. 65 et suiv.

sentir, et l'insuffisance du titre des sociétés nécessita sa révision.

230. En 1869, à la Chambre des députés, M. Mancini fit une proposition qui avait pour but de réviser le Code de commerce, de l'améliorer dans ses dispositions défectueuses, d'en combler les lacunes, et de le mettre, en un mot, au courant du progrès qu'avait fait le commerce. Cette proposition n'eut pas le succès qu'elle méritait, mais elle détermina le gouvernement à prendre l'initiative de la révision de la législation commerciale. L'année même où la proposition Mancini avait été refusée par la Chambre, le ministre de la justice nomma une commission pour étudier les modifications à introduire dans le Code de commerce; trois ans après, la commission présentait un projet de réforme du Code de commerce connu sous le nom de : *Progetto preliminare per la riforma del codice di commercio*. Sur ce projet, le gouvernement demanda l'avis des chambres de commerce, des cours d'appel et de cassation, des facultés de droit et des hommes de lois les plus distingués du royaume. Mais comme la réforme des sociétés commerciales était plus urgente que celle des autres parties du Code, on détacha du projet la partie relative aux sociétés pour en faire une loi spéciale qui précédât la réforme totale du Code. A ces fins, un projet de loi sur les sociétés et associations commerciales fut présenté au Sénat en 1874; le Sénat le soumit à un examen très approfondi et le vota en 1875. De 1875-1876, le projet de loi sur les sociétés qui avait déjà obtenu l'approbation sénatoriale, fut examiné par la Chambre, mais n'aboutit pas.

231. Sur ces entrefaites, survint la nomination de

M. Mancini comme ministre de grâce et de la justice. Le nouveau garde des sceaux, ardent partisan de la révision de la loi commerciale, institua une nouvelle commission. Un nouveau projet de Code élaboré par elle fut présenté au Sénat en 1877; l'examen minutieux auquel il fut soumis ne dura pas moins de trois ans et ce ne fut qu'en 1880 qu'il fut voté. La Chambre des députés employa encore deux ans à son examen et quelques séances à sa discussion; le projet fut définitivement voté le 31 janvier 1882.

Sa promulgation eut lieu plus tard et il n'entra en vigueur que le 1^{er} janvier 1883.

232. Le Code de commerce italien est une œuvre très complète qui améliore notablement cette branche du droit commercial. Réviser le Code de commerce en entier n'est pas chose facile; les Italiens y ont mis du temps, mais ils peuvent se flatter que leur Code possède de nombreuses innovations qui étaient impérieusement exigées par les besoins du commerce.

« Questo ultimo testo é frutto di quella revisione che al governo fu dal Parlamento commessa e per la quale il governo medesimo si valse del consiglio e dell' aiuto efficace di una commissione composta di autorevoli e chiarissimi giureconsulti, economisti e commercianti.

« Per tal modo l'accurato lavoro di questi ultimi mesi compie il periodo di quel dodicennio di conscenziose fatiche, le quali per testimonianza imparziale di giudici illustri, hanno dato all' Italia un codice che fra le civili nazioni le assegna il posto piu eminente nella legislazione commerciale ⁽¹⁾. »

(1) V. Relazione del Ministro G. Zanardelli a S. M., *Gazzetta Ufficiale* del 6 novembre 1882.

Le ministre a grand raison de dire que le Code qu'il présente à la signature de son souverain tiendra la première place parmi les lois correspondantes des nations civilisées. Il est le plus complet et résoud nombre de questions dont l'obscurité des textes étrangers rend la solution douteuse.

Avant d'entrer dans le détail de la nouvelle législation, il faut voir quel était le trait caractéristique de la réglementation à laquelle étaient soumises les sociétés anonymes d'après le Code de 1865, qui était, avons-nous dit, un mélange des lois commerciales en vigueur dans les nombreux États italiens.

233. Le Code italien de 1865 avait pour les sociétés par actions une réglementation assez rigoureuse; non content d'imiter le Code français, il le surpassait en rigueur. En France, les sociétés en commandite par actions ont pu de tous les temps, se constituer sans autorisation gouvernementale. Si le Code italien de 1865 avait voulu imiter la législation française, il aurait dû non seulement donner pleine liberté aux sociétés en commandite par actions, mais encore laisser aux sociétés anonymes au capital de moins de 20 millions la liberté que leur avait accordée la loi française de 1863.

Le Code albertin a été en partie reproduit dans le Code de 1865, mais avec des modifications destinées à restreindre encore la liberté des sociétés anonymes. Le Code de commerce de Charles Albert de 1842 ne soumettait à l'autorisation du roi que les sociétés anonymes et les sociétés en commandite dont les actions étaient au porteur; le Code de 1865 allait beaucoup plus loin, puisqu'il soumettait à l'autorisation et à la

surveillance du gouvernement toutes les sociétés en commandite par actions, même celles dont les titres étaient nominatifs. De sorte que, tandis qu'en France la loi du 24 juillet 1867 avait accordé un régime de liberté aux sociétés par actions, l'Italie avait admis un système absolument contraire en soumettant à l'autorisation gouvernementale toutes les sociétés par actions, les commandites comme les anonymes.

« Le système italien, disait M. Molinier, a besoin, pour fonctionner avec utilité, d'un examen approfondi des statuts par des hommes expérimentés et de l'exercice d'une surveillance active; le système français fonctionne par lui-même et n'exige que l'action éclairée des tribunaux pour assurer l'observation de la loi et pour appliquer avec une certaine énergie ses dispositions répressives.

« Ce qu'il importe dans l'intérêt du public — ajoute le même auteur — c'est que les manœuvres dolosives qu'on emploie pour le tromper et que la fraude soient sévèrement réprimées toutes les fois qu'elles apparaissent. L'intérêt général exige que le public puisse, avec confiance, livrer les capitaux qu'il est indispensable d'obtenir pour les grandes entreprises industrielles, et les capitaux ne s'obtiennent qu'autant que la loi, par de sages mesures, prévient des combinaisons artificieuses et assure le crédit.

« Le système italien peut être en rapport avec les nécessités du crédit industriel d'un pays qui s'organise et au sein duquel les intérêts généraux doivent être placés sous l'action de l'État; le nouveau système français se rattache à des idées de liberté qui tendent à affranchir de toute tutelle et à la livrer à sa propre

action, sans autre appui que celui que lui procure la loi en réglementant la formation des sociétés et en réprimant, par des dispositions pénales, les fraudes qui porteraient atteinte au crédit ⁽¹⁾. »

234. L'autorisation préalable, exigée par le Code de 1865, n'eut pas plus en Italie qu'en France les bons résultats qu'on en attendait. Elle ne put prévenir des scandales et des ruines, et on cessa de la considérer comme essentielle à la constitution des sociétés par actions.

Ceux à qui on s'adressait pour l'obtenir, n'étaient pas à même de juger de la bonté d'une entreprise industrielle quelconque ; car il était bien difficile de pénétrer les profonds mystères dont s'entouraient ceux qui voulaient soustraire l'organisation intérieure de la société au contrôle indiscret de l'administration. Les nombreuses faillites, qui affligèrent le monde économique en Italie vers 1875 et 1876, en furent une preuve.

D'autre part, l'autorisation gouvernementale donnait aux actionnaires une folle confiance dans la bonté de l'entreprise ; ils se croyaient dispensés de la surveiller, pensant que le gouvernement veillait pour eux. Plus tard, quand la société marchait mal et tombait en faillite, c'était l'État qu'on rendait responsable de ce désastre ; c'était à lui qu'on s'en prenait, l'accusant d'avoir été trop peu vigilant ⁽²⁾.

Le nouveau Code abolit l'autorisation du gouvernement, dont l'expérience avait démontré non seule-

(1) V. M. Molinier, *op. cit.*, p. 13 et suiv.

(2) V. M. Vidari, *op. cit.*, t. II, p. 149.

ment l'inutilité, mais encore le danger, et y substitua la vérification du tribunal civil ⁽¹⁾.

CHAPITRE II.

LA LÉGISLATION EN VIGUEUR (Code du 1^{er} janvier 1883).

SECTION I.

Les statuts et le nombre des actionnaires.

235. Généralités. — Il est inutile de reproduire la définition de la société anonyme que nous donne le nouveau Code italien; en Italie comme partout, les membres d'une société anonyme ne sont pas tenus des dettes sociales au delà de leurs mises.

La société anonyme — nous l'avons dit aussi — ne peut avoir de raison sociale; mais elle peut avoir une dénomination particulière, qui est ou bien un nom de fantaisie, ou bien une dénomination tirée de l'objet de l'entreprise. A cet égard la loi italienne — comme la loi belge — dispose que : « *Questa denominazione o designazione deve chiaramente distinguersi da quella di ogni altra società* » (art. 77, al. 2). Il faut éviter les confusions de noms, qui bien des fois pourraient faire tort tant aux tiers qu'à la société dont le nom aurait été usurpé.

(1) V. l'art. du profes. D. Supino, *Archivio giuridico*, t. XXIX, p. 230.

236. *Les statuts.* — Nous avons eu bien souvent l'occasion de parler des statuts, et il n'existe pas à notre connaissance de législation sur les sociétés commerciales, qui n'en fasse pas mention. Mais si nous avons assez souvent écrit ce mot, jamais nous ne l'avons défini; nous avons bien dit ce qu'ils devaient contenir, le dépôt qu'on en devait faire, la publicité qu'on devait leur donner; ce qu'ils sont n'a pas fait jusqu'à présent l'objet de nos explications.

Quand l'idée de fonder une société vient à plusieurs personnes, la première chose qu'elles font, c'est de poser les règles qui devront être observées pour que l'entreprise mise en société réussisse. Les statuts sont donc cette convention qui contient les règles destinées à régir la société : ils sont la loi fondamentale de la société.

Les statuts sont pour une société, ce que la constitution est pour un pays. Il ne faut pas pourtant prendre notre comparaison au pied de la lettre; les statuts tels qu'on a l'habitude de les rédiger, contiennent beaucoup de détails, ce qu'une constitution ne contient pas. La constitution ne fait que poser les principes dont l'application est réglée par des lois particulières, les statuts en dehors des principes renferment de nombreux détails.

Malgré cette différence, les statuts ont par plusieurs côtés des ressemblances avec une constitution; rappelons-nous la disposition en vertu de laquelle le capital social ne peut être augmenté que si une clause des statuts le prévoit; rappelons-nous encore la révision de la loi fondamentale de la société, qui ne peut avoir lieu qu'à une majorité plus forte que la majorité ordinaire.

Ces dispositions et tant d'autres, ne nous donnent-elles le droit de comparer les statuts d'une société à la constitution d'un pays?

237. Mais le projet de statuts qui est l'œuvre des fondateurs, ne doit régir la société que quand il aura été approuvé par les actionnaires réunis en assemblée. Cette approbation n'est pas prescrite par toutes les législations. Peut-être y a-t-il des raisons de soustraire les statuts à cette approbation. Nous savons que les fondateurs qui arrêtent les termes de l'acte de société, doivent le faire connaître au public; celui-ci quand il souscrit doit en avoir pleine connaissance, il doit le lire dans tous ses détails et il est censé l'avoir lu quand il souscrit. Cela étant, on est autorisé à dire que le souscripteur a donné son consentement aux statuts, qui sont aussi parfaits à son égard qu'à l'égard des fondateurs qui les ont rédigés.

La souscription complétant le contrat de société, le souscripteur ne devrait plus être admis à approuver les statuts en assemblée générale, ou du moins cette approbation ne devrait pas être exigée par la loi, car cela revient à un double examen et une double approbation.

C'est pour ce motif, si nous ne nous trompons pas sur la signification de l'article 29 de la loi de 1867, que le législateur français n'exige pas l'approbation des statuts par l'assemblée générale. L'article 29 qui nous indique la manière dont l'assemblée générale doit être convoquée, nous dit en même temps quelles décisions cette assemblée doit prendre; aucune d'elles n'a pour but l'approbation des statuts. Au contraire, il y a une circonstance dans laquelle la toute-puissance de cette assemblée devrait s'arrêter devant une disposition for-

melle des statuts, c'est à propos de la nomination des premiers administrateurs. Le législateur français est parti de l'idée que chaque souscripteur ne doit pas souscrire si les statuts ne le contentent pas ; et qu'en outre, même après la souscription, les actionnaires réunis en assemblée peuvent, quoiqu'ils n'aient pas le droit de voter les statuts, les faire tomber en votant contre la fondation de la société.

238. Le législateur italien n'a pas été de l'avis du législateur français. Il a voulu que l'actionnaire même après la souscription, eût le droit de discuter et d'approuver les statuts. Voici ce que nous trouvons dans l'article 134 :

« L'assemblea : 2. discute ed approva lo statuto della società, se non è stato accettato al tempo delle sottoscrizioni. »

Cette dernière restriction fait allusion au cas où la société anonyme a été constituée sans recourir à la souscription publique, et au cas où les souscripteurs ont approuvé expressément les statuts au moment de la souscription. Ainsi donc, le fait seul de la souscription ne constituant pas aux yeux du législateur italien une adhésion tacite du souscripteur aux statuts, le souscripteur, s'il n'a pas en souscrivant déclaré expressément accepter les statuts, aura le droit de les examiner et de les approuver en assemblée générale. On ne peut pas donner d'autre sens au texte italien.

Il serait en outre désirable, — sans tenir compte de l'acceptation expresse ou tacite des actionnaires — d'accorder à l'assemblée le droit de critiquer les statuts même dans ses moindres détails. Car il peut arriver qu'un de ces détails présente une grande impor-

tance pour quelques actionnaires, qui faute de pouvoir modifier et améliorer les statuts sur ce point voteront contre la fondation de la société, arrêtant ainsi une entreprise pleine de vie et d'avenir.

239. Le Code italien donne une grande importance aux statuts; il fixe les indications qu'ils doivent contenir afin de renseigner le public; l'énumération des indications prescrites est d'une grande utilité pour les rédacteurs des statuts, car elle leur permet de n'en omettre aucune. Cette énumération enfin est encore utile, aux personnes chargées d'inscrire les statuts, car elle leur facilite la constatation de la régularité ou de l'irrégularité de l'acte ⁽¹⁾.

Toutes les indications prescrites par la loi ne sont pas d'une égale importance. Le législateur italien a eu soin d'établir entre elles une différence qu'il est facile de constater à la manière dont elles sont sanctionnées. Ainsi il faut diviser ces indications en *essentielles* et *non essentielles*; l'omission des premières entraîne seule la nullité de la société. Il peut arriver cependant, que l'omission d'indications même non essentielles empêche la constitution de la société, si le tribunal n'accorde pas l'inscription des statuts incomplets. Mais une fois les statuts inscrits, la société ne pourrait pas être déclarée nulle, pour le motif que les indications que nous avons qualifiées de non essentielles ont été omises.

240. Voyons d'abord quelles sont les indications essentielles.

« L'acte constitutif ou les statuts des sociétés par actions — dit l'article 89 — doivent contenir :

(1) V. M. Félix Bing, *La société anonyme en droit italien*, p. 92.

« 1° La dénomination et le siège de la société, de ses établissements et de ses succursales ou agences (*rappresentanze*).

Nous avons vu en quoi consistait la dénomination d'une société et l'exigence de la loi italienne qui veut que cette dénomination soit différente de celle des autres sociétés et ne donne lieu à aucune confusion. — Le siège de la société, dit encore la loi; ce mot siège que traduit le mot italien *sede*, indique le principal établissement de la société. Mais la société pourrait, sans inconvénient, avoir son siège ailleurs qu'au lieu de son principal établissement. Ainsi en est-il pour des établissements situés dans des endroits écartés, à cause de la branche d'industrie qu'on exploite. En pareil cas, le siège de la société est situé dans la ville où elle reçoit les commandes. Le mot italien *sede*, ne s'oppose pas à cette interprétation, car il ne sert qu'à distinguer le principal établissement des succursales.

2° Le genre des affaires qui constituent l'objet de la société.

3° Le montant du capital souscrit et du capital versé.

4° Les personnes des associés et leur domicile, le nombre et la valeur nominale des actions, en indiquant si elles sont nominatives ou au porteur, si les actions nominatives peuvent être converties en actions au porteur et *vice-versa*, et quelle est l'échéance et le montant des versements à faire par les associés.

7° Les avantages et droits particuliers concédés aux fondateurs.

11° L'époque où la société doit commencer et celle où elle doit finir.

241. Les indications contenues dans les numéros

suivants de l'article 89 sont de moindre importance :

5° La valeur des créances et autres biens conférés.

6° Les règles suivant lesquelles les bilans doivent être formés et les bénéfices calculés et répartis.

Les auteurs italiens, MM. Marghieri et Ottolenghi entre autres, déclarent cette indication non essentielle, vu qu'il est possible d'y suppléer par les usages commerciaux et par les décisions de l'assemblée générale.

8° Le nombre des administrateurs, leurs droits et leurs devoirs.

9° Le nombre et les noms des syndics, qued'ailleurs on ne peut pas savoir, étant donné qu'ils ne seront nommés que plus tard.

10° Les pouvoirs de l'assemblée générale et les conditions de validité de ses délibérations et de l'exercice du droit de vote, si on veut déroger sur ce point aux dispositions des articles 157 et 158.

Ne nous occupons pas pour le moment de la publicité qui doit être donnée aux statuts, nous nous en occuperons quand nous étudierons la publicité des sociétés anonymes telle que l'organise la loi italienne ; c'est alors que nous verrons si on doit publier les statuts en entier ou en simple extrait.

242. Nous avons constaté dans l'étude que nous avons faite des législations précédentes, qu'elles exigent un nombre minimum d'associés pour pouvoir constituer une société anonyme ⁽¹⁾. La législation française veut — ainsi que nous l'avons vu — que le nombre des associés ne soit pas moindre de sept ; sans ce nombre une société ne peut se constituer, sans lui une

(1) Excepté la loi allemande qui ne s'occupe que des fondateurs.

société déjà existante est exposée à se voir dissoute quoique ses affaires aillent à souhait. La législation belge contient aussi cette exigence empruntée à la loi anglaise. Rien de pareil dans la loi italienne.

Nous avons fait connaître ailleurs, quelles ont été les raisons déterminantes de la fixation d'un certain nombre d'associés sans lequel une société ne peut pas naître. Les mêmes raisons ont été données dans tous les pays qui ont soumis les sociétés anonymes à cette exigence. Elles ne sont pas à l'abri de toute critique et ne tiennent pas debout à l'argumentation très fondée de M. Vidari.

« Malgré l'autorité de ces trois lois (anglaise, française et belge) — dit cet auteur — nous croyons que leur exemple n'est pas à suivre. Soutenir que si moins de sept personnes pouvaient constituer une société, il ne serait pas possible d'avoir une assemblée d'associés pour délibérer sur les affaires sociales, parce que leur nombre suffirait à peine à constituer le conseil d'administration et de surveillance; prétendre qu'en pareil cas, le public saurait mal distinguer une société en nom collectif d'une société anonyme; soutenir tout cela, c'est se contenter trop facilement de paroles. Mais nous nous demandons en quoi un conseil d'administration servirait à des sociétés composées de peu d'individus et auxquelles peut très bien suffire un seul administrateur? Quel besoin auraient-elles d'un conseil de surveillance, alors que les associés étant peu nombreux, chacun d'eux pourrait veiller par soi-même? Les conseils de surveillance sont nécessaires dans les grandes sociétés où la surveillance individuelle est impossible et inefficace, mais non dans les petites. D'au-

tre part, il n'y a pas de danger de confondre une société par actions avec une société en nom collectif ; car tandis que celle-ci a nécessairement une raison sociale, celle-là ne peut être annoncée au public que par le nom de son propre établissement ⁽¹⁾. »

243. C'est à ce sage raisonnement que s'est rendu le législateur italien, qui ne fixe pas de chiffre pour le nombre des associés. Il en résulte qu'en Italie deux personnes suffisent pour constituer une société, car il est évident qu'il ne peut pas y avoir de société d'un seul membre.

L'exigence d'un certain nombre d'associés est inefficace, même dans les pays où elle existe, il est très facile de s'y soustraire pour les motifs suivants :

1° Il est facile de distribuer quelques actions à des amis complaisants ;

2° Si les actions sont au porteur le nombre des associés est impossible à constater.

D'autre part, il est arbitraire de permettre par exemple à sept individus de former une société anonyme et de le défendre à six personnes, qui ont réuni entre elles tout le capital nécessaire. Il n'y a pas non plus de raison, quand les actions d'une société anonyme sont concentrées dans les mains de quelques personnes, de forcer celles-ci à dissoudre la société ou à violer la loi pour la maintenir.

(1) V. Vidari, *op. cit.*, p. 393.

SECTION II.

Les modes de fondation et les souscriptions.

244. La fondation de la société anonyme — et ce n'est pas une nouveauté que nous avançons — peut avoir lieu sans souscription publique ou avec souscription publique. Le premier mode de fondation est réglé par l'article 128 :

« La société peut être constituée — dit cet article, — par un ou plusieurs actes publics, par lesquels est certifié, avec le concours des souscripteurs de l'entier capital social, l'accomplissement (*l'esistenza*) des conditions prescrites par la loi, et sont nommés les administrateurs et les personnes chargées de remplir les fonctions de syndics (*sindaci*) jusqu'à la première assemblée générale.

« La société peut être aussi constituée — nous apprend l'article 129 — au moyen d'une souscription publique (*mezzo di pubblica sottoscrizione*). Dans ce cas, les fondateurs doivent rédiger un prospectus (*programma*) qui indique le but de l'entreprise, le capital, les clauses principales de l'acte constitutif ou des statuts et la participation qu'ils se réservent ou que leur attribue le projet de statuts dans les bénéfices de la société. » Le prospectus doit être signé par les fondateurs, et peut fixer un délai différent de celui indiqué dans l'article 99 ⁽¹⁾ pour l'extinction de l'obligation des

(1) D'après l'article 99, si trois mois se sont écoulés depuis le terme où les statuts devaient être déposés au tribunal de commerce, les souscripteurs sont déliés de leurs engagements.

souscripteurs. Le prospectus doit aussi désigner la personne qui présidera l'assemblée mentionnée dans l'article 134. — Le prospectus avec les signatures authentiques des fondateurs, doit être déposé avant la publication au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel la future société doit être établie.

Les deux articles que nous venons de reproduire nous font voir la différence qui existe entre les deux modes de constitution. Il arrive quelquefois que la société, pour se constituer, n'ait pas besoin d'un grand concours d'actionnaires ou de capitalistes; il suffit qu'un certain nombre de personnes s'assemblent, s'entendent et jettent les bases fondamentales de la société; en pareil cas, les fondateurs de la société prennent à eux seuls toutes les actions, avec la faculté de les mettre plus tard en commerce.

Mais, pour que la société par actions puisse se constituer de cette façon, il faut non seulement que l'acte de constitution revête la forme authentique, mais encore, que de cet acte il résulte : 1° que tous les associés ont concouru à sa rédaction et l'ont signé;

2° Que toutes les conditions prescrites par la loi pour la valable fondation des sociétés par actions sont accomplies; et enfin

3° Qu'on ait procédé à la nomination des administrateurs et des personnes chargées de la fonction de syndics.

C'est moyennant l'accomplissement de ces trois conditions, que la société anonyme sans souscription publique aura une constitution légale.

245. Certes, le mode le plus usité pour la formation des sociétés par actions et spécialement des sociétés

anonymes, est la souscription publique. Quelques personnes, qui sont les fondateurs (*promotori*), s'unissent en vue de former une société par actions et rédigent un prospectus (*memorandum of association*) qui contient toutes les indications générales sur le but de l'entreprise, les moyens pour l'atteindre, le capital qu'on croit pouvoir amasser, etc., indications qui sont nécessaires au public auquel s'adresse l'invitation à souscrire.

Ce prospectus et le projet de statuts qui vont presque toujours ensemble, doivent être signés par les fondateurs. Ceux-ci doivent encore indiquer, dans le prospectus, le délai plus ou moins long, suivant les circonstances, passé lequel, si la société n'est pas légalement constituée, les souscripteurs auront le droit de se croire déchargés de leurs obligations⁽¹⁾. Le projet du Sénat voulait, en outre, que le prospectus désignât la personne qui présiderait l'assemblée des actionnaires, et la loi s'est appropriée cette disposition. Enfin, le prospectus signé authentiquement par les fondateurs, doit être déposé avant toute publication au greffe du tribunal de commerce du lieu où la société s'établira.

Le premier mode de fondation est très simple, car il serait superflu de faire approuver plusieurs fois par les mêmes personnes l'acte constitutif de la société, à la rédaction duquel elles ont concouru et qu'elles ont accepté. Mais, dès que les fondateurs, au lieu de se partager le capital social, en offrent une partie au public en ouvrant une souscription, la loi a dû intervenir pour sauvegarder l'intérêt des futurs actionnaires et

(1) V. Vidari, *op. cit.*, p. 397.

des tiers⁽¹⁾. Nous nous demanderons plus tard si les précautions que la loi italienne prend dans l'intérêt de ces deux catégories de personnes, ne sont pas trop nombreuses; si elles ne sont pas, la plupart du temps, inutiles et quelquefois nuisibles.

246. *La souscription des actions.* — Les statuts sociaux en état de projet, doivent être rédigés avant que la souscription des actions commence; leur publication par extrait doit aussi avoir lieu avant toute souscription. Cela étant, demandons-nous comment se feront les souscriptions? Dans les législations qui ont gardé le silence sur ce point, le prospectus lui-même indique le mode suivant lequel les souscriptions sont apportées et reçues. Toute forme est alors bonne, à condition qu'elle soit sérieuse et claire, et que la souscription ne soit pas une tromperie pour les naïfs qui, à la vue d'un prospectus pompeux, ne peuvent pas résister au désir de souscrire. Pour plus de sûreté, dit M. Vidari, il serait bon de donner à la souscription, comme au projet de statuts, la forme authentique; ce serait un moyen que le souscripteur eût pleine connaissance du prospectus⁽²⁾.

247. La loi italienne n'est pas sobre de détails, quand il s'agit des souscriptions.

« Les souscriptions des actions — dit l'article 130 — doivent être réunies (*raccolte*) sur un ou plusieurs exemplaires du prospectus des fondateurs ou du projet de statuts de la société. Elles doivent indiquer le nom et le prénom, ou la raison sociale et le domicile de celui qui souscrit, le nombre en toutes lettres des

(1) V. M. Bing, *op. cit.*, p. 66.

(2) V. *op. cit.*, p. 398.

actions souscrites et la date de la souscription; elles doivent contenir, en outre, la déclaration que le souscripteur connaît et accepte le prospectus ou le projet de statuts. »

Les souscriptions peuvent résulter encore des lettres directement adressées par les souscripteurs aux fondateurs, lesquelles lettres contiennent les indications sus-énoncées et spécialement la déclaration expresse que le souscripteur connaît et accepte le prospectus ou le projet de statuts de la société à laquelle il souscrit. — Les souscriptions doivent être rendues authentiques par le notaire, quel que soit le mode dont elles ont été faites.

D'après ce texte, il faut que le bulletin de souscription contienne le prospectus ou le projet de statuts, afin que le souscripteur ait toujours en vue les principaux éléments de la société. Cela étant, il serait logique de croire que le souscripteur quand il a signé le bulletin, a connu de l'entreprise ce qui l'intéressait principalement; mais la loi italienne ne se contente pas de cette probabilité. Elle veut que certainement le souscripteur ait pris connaissance du prospectus ou du projet de statuts reproduit sur chaque bulletin, avant de s'engager vis-à-vis de la société.

A cet effet, la loi exige que le bulletin de souscripteur contienne, entre autres dispositions, la déclaration expresse du souscripteur qu'il connaît et accepte le prospectus ou le projet de statuts.

248. La souscription pouvant avoir lieu aussi par lettre directement adressée par l'actionnaire aux fondateurs, en pareil cas, il est impossible que la lettre contienne le prospectus ou le projet de statuts et il ne

serait pas pratique d'exiger dans cette lettre copie du prospectus. La loi italienne n'a pas soumis à cette exigence la souscription par lettre. Mais le souscripteur par lettre n'est pas dispensé d'indiquer son nom et prénom et faire la déclaration expresse qu'il connaît et accepte le prospectus ou le projet de statuts de la société à laquelle il souscrit. Pour plus de sûreté, la loi veut encore que les souscriptions revêtent la forme notariée, de quelque manière qu'elles aient été faites.

249. Si la souscription n'a pas couvert tout le capital social, une des conditions importantes exigées par la loi faisant défaut, la société ne peut pas être constituée.

L'article 135 de l'ancien Code italien ne contenait pas même implicitement cette disposition, et permettait la constitution des sociétés anonymes lorsque les quatre cinquièmes du capital annoncé avaient été souscrits. Quand on rédigea le nouveau Code, on proposa de reproduire cet article et de décider que si la moitié du capital social était souscrit, la constitution de la société serait possible. Le ministre Finali combattit énergiquement cette proposition en disant qu'il valait mieux pour un pays avoir quelques sociétés robustes que beaucoup de faibles. Outre cette considération, comme on fixe généralement le capital d'une société à la somme jugée strictement nécessaire pour atteindre le but social, la réduction du capital est très dangereuse pour la société. Si la société avait pu se contenter d'un capital inférieur, elle n'aurait pas émis d'actions pour un chiffre plus élevé. En outre, c'est tromper le public que d'annoncer la constitution d'une société avec un capital qui n'a pas été même souscrit.

C'est pour ces motifs, que le nouveau Code italien et toutes les législations commerciales n'autorisent la constitution d'une société que si tout son capital a été souscrit et une partie du capital versé.

250. De ce que nous venons de voir, il résulte que si les souscriptions n'atteignent que la moitié ou les trois quarts du capital social, la société a, dès le commencement, un vice qui rend impossible sa constitution. Mais, à l'inverse, pourrait-on souscrire plus que le capital social? Il peut arriver — mais rarement — que l'entreprise paraissant sûre du succès, les souscripteurs accourent en très grand nombre pour lui apporter les capitaux dont elle a besoin; le capital social peut alors être souscrit doublement. Si on acceptait tout ce qui a été souscrit, le capital serait augmenté; or, les fondateurs ne peuvent pas modifier le chiffre du capital qu'ils ont une fois fixé; il faudra nécessairement que le capital souscrit soit réduit au chiffre fixé par les statuts.

La réduction du capital souscrit donne lieu dans la pratique à beaucoup de difficultés et à beaucoup de plaintes. Pour les éviter, quand on prévoit que le capital social sera couvert plusieurs fois, on a soin d'indiquer dans le prospectus la manière dont se fera la réduction.

Cette réduction s'opère au moyen d'une répartition qui peut être soit proportionnelle, soit laissée aux maisons qui ont fait l'émission.

La répartition proportionnelle est meilleure et plus conforme à l'équité, malgré les deux inconvénients suivants :

1° Avec cette répartition, un capitaliste sérieux qui

souscrirait pour une modeste somme, se verrait placé sur le même rang qu'un spéculateur qui aurait souscrit dans un but d'agiotage et peut-être serait-il écarté par lui. Pour éviter autant que possible les souscriptions disproportionnées, le prospectus fixe un cautionnement proportionnel qu'il faut déposer en souscrivant. Ce dépôt peut être fait en argent ou en valeurs courantes.

2° Elle peut être rendue illusoire par les maisons d'émission étant facile à tourner. Quand celles-ci ont intérêt à distribuer moins que la part proportionnelle, rien ne les empêche de se réserver une plus grande part et de ne répartir qu'une somme minime. Cela arrive surtout quand le capital social a été couvert plusieurs fois.

L'autre répartition qui a lieu suivant le bon plaisir de ceux qui font l'émission est moins recommandable à cause de l'arbitraire dont elle est entachée. Les fondateurs ou les banques d'émission n'ayant aucune règle d'après laquelle ils répartissent les actions, pourraient préférer les spéculateurs aux honnêtes souscripteurs.

251. Il nous est difficile de faire connaître sous quelle sanction sont exigées les indications que doit contenir le bulletin de souscription, le législateur ayant trouvé bon de se taire sur cette question. M. Calamandrei ⁽¹⁾ prétend, en se fondant sur les discussions parlementaires, que ce n'est pas la nullité que l'inobservation de ces formalités entraîne. Un autre auteur dit : « Qu'en général il ne faut pas mettre trop d'importance aux formalités quand il s'agit d'affaires commerciales, car les transactions commerciales reposent

(1) V. *Delle società et delle associazioni commerciali*, 1884, Torino.

essentiellement sur la bonne foi des contractants, auxquels le temps matériellement nécessaire pour remplir les formalités fait souvent défaut. C'est surtout dans la déclaration obligatoire que le souscripteur connaît et accepte le prospectus, etc., que nous mettons peu de valeur, car nous sommes persuadé que la grande majorité des souscripteurs signent ces pièces si elles sont un peu longues sans les lire en entier, sans compter que beaucoup d'entre eux ne les comprendraient pas avec la meilleure volonté du monde ⁽¹⁾. »

252. Nous hésitons à nous ranger du côté de ces deux auteurs. Nous admettons volontiers que les transactions commerciales — comme le dit M. Bing — reposent sur la bonne foi des contractants, mais il nous semble que la décision que donne cet auteur, méconnaît l'esprit de la loi italienne. Nous pensons quant à nous, qu'étant donné les idées protectrices qui dominaient à l'époque où le Code italien fut rédigé, il ne faut pas laisser sans sanction les dispositions de l'article 130, auxquelles le législateur italien a attaché une si grande importance. Comment considérerions-nous comme valables des souscriptions qui ne contiendraient pas la déclaration expresse du souscripteur qu'il a connu le prospectus ou le projet de statuts? Cette exigence est indiquée deux fois dans le même article, et la preuve qu'elle est pour la loi italienne d'une importance capitale, c'est qu'elle valide les souscriptions ayant lieu par lettres missives, à condition qu'elles contiennent les indications voulues « *ed in specie la dichiarazione espressa che il sottoscrittore*

(1) V. M. Bing, *op. cit.*

conosce ed accetta il programma o l'atto costitutivo. »

En présence de cette disposition très claire, sommes-nous autorisé à ne pas annuler la souscription quand elle ne contient pas la déclaration tant désirée par la loi?

Si on nous dit que le temps matériel manque pour faire cette déclaration, nous répondons que la constitution d'une société n'est pas l'œuvre d'un jour et que si la souscription est incomplète, les fondateurs n'ont qu'à la faire compléter par le souscripteur, en lui demandant de faire la déclaration dont parle deux fois l'article 130.

On nous dit encore que le souscripteur signe sans savoir ce qu'il fait; cela pourrait arriver; mais si le souscripteur, tout en signant la déclaration qu'il doit faire, reste étranger au prospectus ou au projet de statuts, dans quelle ignorance se trouverait-il s'il n'avait pas à faire la déclaration prescrite par l'article 130!

Nous concluons — malgré l'avis contraire des auteurs — que la nullité d'une souscription qui ne contient pas la déclaration expresse du souscripteur, est prononcée par la loi.

Nous serions moins sévère en cas d'omission des autres indications de l'article 130.

SECTION III.

Le capital social.

253. Que le capital social soit entièrement souscrit, il n'y a pas une législation qui fasse exception à cette règle; aussi nous la trouvons dans le Code italien.

Nous avons exposé ailleurs les considérations qui ont paru décisives au législateur et l'ont déterminé à tenir rigoureusement à cette condition; et on est presque unanime aujourd'hui à trouver cette disposition de la loi sage et nécessaire. Mais des chambres de commerce italiennes ont soutenu, qu'elle constituait une très grande difficulté pour la fondation de la société.

« On se trompe quand on croit — a-t-on dit — que l'entière souscription du capital soit un moyen efficace de s'assurer que l'entreprise est sérieuse. Les affaires les plus hasardeuses lancées à un moment opportun par une main habile, par un groupe de personnes puissantes, peuvent recueillir les souscriptions pour le capital intégral, sans être pour cela, ni sérieuses ni viables, comme le démontre l'expérience faite sous l'empire de notre Code de commerce. Au contraire, des entreprises quoique bien préparées, peuvent à cause de leur nouveauté, ou parce qu'elles sont peu connues ou non patronnées par ceux qui disposent de gros capitaux, rencontrer des difficultés à leur naissance, perdre des occasions favorables en cherchant tout le capital et peuvent être tentées pour éviter ce danger de simuler les souscriptions. D'autre part, il n'est pas nécessaire que tout le capital soit souscrit, car l'énergie, l'activité, la prudence de ceux qui représentent la société, peuvent venir plus tard stimuler et gagner la confiance des capitaux qui manquent au développement ultérieur des affaires ⁽¹⁾. »

254. Quoi qu'il en soit la souscription du capital

(1) *Relazione della camera di commercio di Modena*, p. 8.

intégral est aujourd'hui unanimement demandée par toutes les législations, et presque tous les auteurs sont d'accord pour dire que le législateur doit employer tous les moyens qu'il a en son pouvoir pour éviter les fraudes; quitte après, si elles se produisent quand même, à faire subir à leurs auteurs les rigueurs de la loi. La disposition de la loi qui exige la souscription du capital entier, est un des moyens les plus efficaces, comme le dit assez bien M. Vidari, d'empêcher les terribles et scandaleux désastres qui de temps en temps secouent jusqu'à démolir le crédit national, elle doit donc être rigoureusement observée ⁽¹⁾.

255. Pour procéder à la constitution de la société, il faut que le capital social soit souscrit en entier et que chaque associé ait versé en argent (*in danaro*) les trois dixièmes de la partie du capital consistant en numéraire, qui représente son intérêt ou les actions qu'il a souscrites, toutes les fois que le versement d'une somme supérieure n'est pas prescrit dans le prospectus par les fondateurs.

Les sociétés qui ont pour objet exclusif les assurances, peuvent se constituer avec un versement en argent d'un dixième de la valeur des actions souscrites par chaque associé (art. 131).

Nous avons l'occasion de constater une fois de plus à quel point de vue se sont placées les législations, quand elles ont demandé un premier versement. Pour fixer le *quantum* de ce versement, elles ont été guidées par deux idées : donner à la société l'argent qui lui est nécessaire pour son commencement, et assurer que

(1) V. *Op. cit.*, p. 404.

les souscriptions sont sérieuses; il fallait donc faire choix d'un *quantum* qui satisfît à ces deux idées.

Sans beaucoup de réflexion, on pourrait mettre en doute la légitimité de ce premier versement. Il peut paraître au premier abord, que contraindre le souscripteur à verser une part de son action avant que la société soit légalement constituée, serait fournir aux spéculateurs malhonnêtes le moyen de tromper le public; ayant recueilli une certaine somme d'argent, il leur sera facile de prétexter que la société n'a pas pu être constituée et que les dixièmes versés ont servi à couvrir les frais de fondation. De telle sorte que la loi donnerait elle-même un moyen de tromper, quand elle croyait au contraire avoir trouvé un puissant secours contre l'habileté des fondateurs ⁽¹⁾.

256. Malgré cette objection que les précautions prises par la loi détruisent, le premier versement se justifie par la nécessité où se trouve la société à ses débuts. Comment faire face à tout ce dont elle a besoin pour préparer son fonctionnement, si on n'oblige pas les souscripteurs à fournir l'argent nécessaire? D'autre part, nous savons que l'existence de la société est incertaine jusqu'au vote de l'assemblée générale; dans quelle incertitude plus grande encore se trouverait la société, si l'actionnaire n'ayant rien versé au commencement, pouvait à chaque moment mettre en danger le projet de société avec son caprice de ne plus vouloir se considérer comme lié envers la société? La nécessité où l'on se trouve de faire des frais de fondation et d'assurer que la souscription est sérieuse, voilà ce qui légitime plus qu'il n'en faut le premier versement.

(1) V. M. Manfrin, *Delle società commerciali*, p. 302 et suiv.

257. Le *quantum* du versement initial varie, comme nous le savons, de pays à pays. Il est d'un quart en France et en Allemagne et d'un dixième en Belgique. Le Code italien abrogé ne demandait que 10 0/0; mais comme il fallait sous le règne de ce Code obtenir l'autorisation gouvernementale pour constituer valablement une société, une circulaire ministérielle du 22 juin 1873 intervint qui décida que, l'autorisation ne serait accordée qu'aux sociétés anonymes sur les actions desquelles on aurait versé 30 0/0. Quand on rédigea le nouveau Code, diverses propositions furent faites qui établissaient différents *quantums*. La proposition de M. Mancini selon laquelle 30 0/0 de chaque action devaient être versés, passa dans le texte définitif de la loi. Il y a une exception pour les sociétés d'assurances pour lesquelles le minimum du premier versement est de 10 0/0. Pourquoi cette exception? C'est à cause de besoins spéciaux et pour encourager les sociétés d'assurances dont le développement n'est pas très grand en Italie ⁽¹⁾.

Il est évident que la loi ne fixe qu'un minimum et que les statuts pourraient exiger un versement initial plus grand que trois dixièmes; c'est donc aux fondateurs à voir, si le *quantum* de la loi leur suffit ou s'il faut en fixer un supérieur.

Il est non moins certain, et la clarté de la loi nous dispense de tout commentaire, que chaque souscripteur doit verser les 30 0/0 des actions par lui souscrites, et que par conséquent, la loi serait violée si on versait 30 0/0 de tout le capital sans que chaque action fût libérée d'au moins 30 0/0.

(1) V. M. Vidari, *op. cit.*, p. 409; Bing, *op. cit.*, p. 79.

258. Il arrive rarement que le premier versement ait lieu en même temps que la souscription. Le plus souvent, les fondateurs s'assurent d'abord de la souscription du capital, et fixent un terme pour le premier versement. Voici les règles posées par la loi à cet égard :

« Après avoir recueilli les souscriptions — dit l'article 132 — les fondateurs doivent, par avis inséré dans la *Gazette officielle* du royaume et dans le journal d'annonces judiciaires du lieu où ils entendent établir le siège de la société, assigner un terme fixe pour faire le versement prescrit par l'article précédent, à ceux des souscripteurs qui ne l'auraient pas effectué en souscrivant. Ce terme expiré, les fondateurs ont la faculté de décharger les souscripteurs en demeure de l'obligation assumée, ou de les forcer au versement. Si les souscripteurs sont déchargés de l'obligation, on ne peut procéder à la constitution de la société avant que les actions par eux souscrites soient placées de nouveau. »

D'après cet article, les fondateurs ont le droit ou de contraindre judiciairement les souscripteurs récalcitrants à opérer les versements qu'ils se sont engagés à faire, ou de les exclure du nombre des actionnaires. Le premier moyen est souvent plus difficile et peut retarder la constitution légale de la société par la longueur de la procédure judiciaire. Le second est plus expéditif, car si la société jouit d'une certaine faveur dans le public, les fondateurs trouveront facilement des amateurs qui veulent devenir actionnaires à la place de ceux qui n'ont pas opéré le versement prescrit.

Il n'est pas douteux, d'autre part, que la sommation prescrite par l'article 132 n'est pas nécessaire si les

souscripteurs ont connu le terme auquel ils devaient se libérer. En d'autres termes, si le prospectus ou le projet de statuts a fixé l'époque des versements, la sommation dans les journaux devient superflue.

259. Les premiers versements ne doivent pas être faits chez les fondateurs qui n'inspirent pas trop de confiance au législateur italien, mais le montant doit en être déposé :

« A la caisse des dépôts et prêts ou à une banque d'émission légalement constituée. Les sommes déposées ne peuvent être restituées qu'aux administrateurs nommés, lesquels présentent le certificat du greffier prouvant le dépôt, l'inscription ou la publication du contrat, ou bien aux souscripteurs si l'inscription n'a pas eu lieu. Les fondateurs n'en peuvent retirer aucune partie (art. 133). »

Donc les souscripteurs, à l'époque fixée, iront faire leurs versements à la caisse des dépôts et prêts, mais pas chez les fondateurs. La loi française confie aux fondateurs les versements jusqu'à la constitution de la société; elle croit qu'étant donnée la responsabilité dont ils sont menacés, ils seront honnêtes. Par contre, la loi italienne se méfie des fondateurs, qu'ils soient d'une honnêteté notoire ou d'une mauvaise foi reconnue. Il nous semble curieux que les fondateurs soient ainsi tenus à l'écart et qu'ils ne puissent rien toucher des fonds versés, alors même que les premières formalités exigeraient des frais qui nécessiteraient l'emploi d'une partie du fonds versé. L'argent ne pourra être confié qu'aux administrateurs nommés par l'assemblée des actionnaires; jusque-là les fondateurs seront forcés d'avancer les frais de fondation.

Ils auraient pourtant un moyen d'échapper à l'article 133, ce serait de désigner les premiers administrateurs dans les statuts et ainsi ils pourraient retirer l'argent avant la réunion de la première assemblée; peut-être encore dans ce cas, le dépôt à la caisse des dépôts et prêts ne serait plus nécessaire.

260. Demandons-nous avec la loi italienne, quelle serait la conséquence de la non souscription du capital intégral et de la non libération de l'action dans la mesure établie par la loi? Il nous est difficile de répondre d'une manière certaine, parce que la loi italienne garde le silence sur cette question. Nous ne pouvons mieux faire que reproduire la réponse faite par l'éminent commentateur du droit commercial italien, M. Vidari :

« En principe — dit-il — aucune nullité n'est prononcée quand elle n'est pas expressément déclarée par la loi. Toutefois, il y a des conditions dont le défaut, même quand la loi se tait, conduit inévitablement à la nullité du contrat. Par exemple, notre législation et d'autres lois, prononcent-elles expressément la nullité de la lettre de change quand quelques dispositions requises font défaut? Non; et pourtant qui peut douter que cela ne soit une cause de nullité? Qui ne voit que le défaut des conditions d'ordre public doit conduire nécessairement à la nullité du contrat social? Ainsi pour nous, cette nullité serait absolue et non pas seulement relative comme celle qui entraîne le défaut de forme écrite du contrat de société. Certes, si les lois le disaient expressément, ce serait bien; mais leur silence ne nous embarrasse en aucune façon ⁽¹⁾. »

(1) V. *op. cit.*, p. 414.

261. Nous savons que le capital d'une société anonyme est divisé en actions et que ces actions doivent être émises au pair. On a eu partout la crainte, si on permettait l'émission des actions au-dessous du pair, de fournir aux fondateurs un moyen facile et commode de tourner la loi en n'accomplissant pas la condition qui veut que la société soit certaine d'avoir le capital social ainsi qu'il a été une fois fixé. « *In nessun caso* — dit la loi italienne — *possono emettersi per somma minore del loro valore nominale.* » La défense est donc absolue et il faut l'observer.

Mais peut-on émettre les actions au-dessus du pair? C'est avec raison, croyons-nous, qu'on distingue les deux situations suivantes :

1° Si une société existante a besoin de nouveaux fonds, les actions qu'elle émet peuvent dépasser le pair. Cela a été formellement reconnu par le rapporteur de la loi à la Chambre italienne, et assez bien motivé :

« En cas d'émission de nouvelles actions, qui auront les mêmes droits que les anciennes, il est nécessaire, pour établir l'égalité entre les anciens et les nouveaux associés, de faire payer à ces derniers un prix correspondant à la valeur intrinsèque des anciennes actions, ce qui se fait par l'émission au-dessus du pair ⁽¹⁾. »

2° Dans le cas où la société ne fait que commencer son existence, l'émission des actions n'est raisonnable que si elle se fait au pair. Car l'émission au-dessous du pair violerait la loi, au-dessus, elle attribuerait

(1) V. M. Bing, *op. cit.*, p. 85.

aux fondateurs des avantages défendus par l'article 127 du Code italien ⁽¹⁾.

Il n'en est pas moins vrai, que les fondateurs pourraient très facilement tourner la loi en se réservant des actions qu'ils vendraient plus tard avec prime. Ils feraient, en employant des détours, ce que la loi ne leur permet pas de faire directement.

262. Les apports en nature entrent aussi dans la composition du capital social. A cause de nombreux abus auxquels ils donnaient lieu, les lois française et allemande les soumettent à une réglementation toute particulière. La loi italienne ne contient pas grand chose à cet égard. La vérification des apports entrant dans les attributions de l'assemblée générale, nous en parlerons dans la section suivante, qui a pour objet l'assemblée des actionnaires.

SECTION IV.

L'assemblée des actionnaires.

263. Les actionnaires ont le droit — quoique la société leur soit connue dans ses traits généraux par le prospectus ou le projet de statuts dont ils ont dû prendre connaissance — d'exercer un contrôle sur la fondation de la société. Ce contrôle n'est efficace que s'il est exercé collectivement. Dans ce but, l'article 134 du Code italien impose aux fondateurs l'obligation suivante :

« Les souscriptions étant recueillies et le versement

(1) V. M. Ottolenghi, *Il codice di commercio del Regno d'Italia*, t. II.

(trois dixièmes) indiqué par l'article 131 ayant eu lieu, les fondateurs, dans les quinze jours à partir de l'échéance du terme fixé selon les dispositions de l'article 132, doivent convoquer l'assemblée générale, sauf si le prospectus ou les statuts, en disposent autrement. »

Cette disposition évite les conséquences d'une souscription indéfiniment ouverte, et ne laisse pas les souscripteurs au bon plaisir des fondateurs. Le laps de temps qui doit courir du versement des trois dixièmes à la convocation de la première assemblée générale et qui est de quinzaine, permet aux souscripteurs de réfléchir sérieusement à la nature de l'entreprise et aux conditions de sa fondation et de son fonctionnement; choses auxquelles, avec l'enthousiasme de la première heure, les souscripteurs ne pensent pas, et qu'ils doivent exactement connaître pour prendre part en connaissance de cause aux discussions de la première assemblée générale ⁽¹⁾.

Si on a laissé passer le délai sans faire la convocation exigée par la loi, alors les souscripteurs sont déchargés de leurs obligations. Quand la convocation a eu lieu tardivement, la société peut être encore constituée, si tous les souscripteurs y consentent. Les souscripteurs seuls peuvent se prévaloir du défaut de convocation; eux seuls, par conséquent, peuvent, malgré la convocation tardive, voter la constitution de la société. Mais il faut, pour cela, le vote conforme de l'unanimité des souscripteurs ⁽²⁾.

264. L'assemblée générale étant régulièrement con-

(1) V. M. Vidari, *op. cit.*, p. 416.

(2) MM. Vidari, *op. cit.*, *loc. cit.*; Ottolenghi, *op. cit.*; Bing, *op. cit.*

voquée, les fondateurs qui en ont la direction doivent fournir aux actionnaires tous les renseignements nécessaires et leur présenter tous les documents prouvant que les conditions exigées par la loi ont été remplies.

L'assemblée, de son côté, a plusieurs attributions à remplir et doit prendre plusieurs décisions. Une de ses premières préoccupations doit être : de discuter et approuver les statuts, s'ils n'ont pas été acceptés au moment de la souscription. Nous avons vu, quand nous avons étudié la manière dont on recueillait les souscriptions, que chaque souscripteur devait déclarer expressément qu'il connaissait et approuvait les statuts. Si le souscripteur a approuvé les statuts dès le commencement, il ne lui est plus permis de se retirer du contrat; et les modifications des statuts ne peuvent avoir lieu que du consentement unanime des actionnaires. Ainsi donc, le vote des statuts n'est plus nécessaire quand ils ont été acceptés au moment de la souscription même. Cela arrivera d'ailleurs presque toujours, car la loi italienne veut impérieusement que le souscripteur déclare expressément connaître et approuver les statuts. Il y aurait pourtant un cas, où la disposition du n° 2 de l'article 132 trouverait son application, ce serait quand le souscripteur, tout en faisant la déclaration prescrite, se réserverait le droit de ne pas accepter toutes les dispositions insérées dans les statuts et exprimerait le désir d'y introduire des modifications.

Il en serait peut-être de même, quand des souscripteurs prouveraient que leur consentement a été donné par erreur ou extorqué par dol; dans cette dernière hypothèse, les souscripteurs trompés pourraient même

se retirer de la société et se faire restituer les dixièmes versés.

265. L'assemblée générale ayant approuvé les statuts, la seconde attribution qui lui appartient est indiquée par le n° 1 de l'article 134 :

« L'assemblée vérifie et approuve le versement des parts sociales et la valeur des meubles et immeubles apportés, si cette valeur a été fixée; dans le cas contraire, elle nomme un ou plusieurs experts pour en établir le juste prix. »

D'après l'article que nous venons de reproduire, l'assemblée doit constater si les dixièmes prescrits par la loi ont été versés. S'il y a des souscripteurs qui n'ont pas effectué les versements obligatoires, elle peut, avant de procéder à la constitution de la société, leur accorder un terme ou les exclure du nombre des souscripteurs.

266. *Les apports en nature* doivent être vérifiés et approuvés par l'assemblée des actionnaires.

L'ancien Code de commerce dans son article 133, prohibait l'apport de valeurs mobilières ou immobilières ne se rattachant pas au genre de commerce que la société se proposait de faire. Cette défense était d'ordre public. On craignait que l'apport des choses étrangères au commerce de la société, rendît plus faciles les fraudes provenant d'une estimation exagérée. L'argument est faible : ou bien l'assemblée générale n'aura pas la compétence voulue pour faire l'estimation exacte des apports et elle nommera des experts; ou bien elle se croira assez éclairée et vérifiera elle-même les choses apportées. Dans un cas comme dans l'autre, il est en son pouvoir d'écarter la fraude. Il faut encore

noter que cet article préjudiciait aux intérêts de la société. Supposons qu'il s'agisse d'une société ayant pour objet la fabrication des briques. Un des associés apporte pour sa part un bois qui est sa propriété; sans doute on ne peut pas dire que le bois se rapporte au commerce que la société se propose; qui ne voit pourtant l'avantage de la société à cet apport pour l'alimentation de ses fours? Voilà où conduisent — dit très justement M. Vidari — les dispositions imprudentes qui n'ont d'autre vertu que, d'embrouiller la liberté contractuelle ⁽¹⁾.

Le Code de 1883 a suivi l'opinion du savant auteur, et la prohibition a été supprimée.

267. Revenons à la vérification à laquelle doit procéder l'assemblée générale; il faut distinguer avec la loi deux cas :

1° Les apports ont reçu une estimation dans les statuts;

2° Les statuts ne font que les indiquer, sans faire connaître en même temps leur valeur.

Quand la valeur des apports est déterminée par les statuts, l'assemblée générale examine si cette valeur n'a pas été exagérée. Dans le cas où les statuts ne contiennent pas l'estimation des apports, l'assemblée générale nomme des experts qui estimeront les biens.

Entre ces deux cas, il y a une importante différence que nous empruntons au remarquable ouvrage de M. Vidari. Quand la valeur du meuble ou de l'immeuble a été déjà déterminée par celui qui l'apporte dans l'acte de souscription, prospectus ou projet de statuts, l'as-

(1) V. *op. cit.*, p. 419, note 1.

semblée générale a bien le droit d'accepter ou de refuser cette valeur, mais elle ne peut en proposer une autre, ni même provoquer une expertise; et alors l'apporteur peut dire qu'il n'a souscrit à la société qu'à la condition que la chose par lui apportée garde la valeur qu'il lui a attribuée, de là, si l'assemblée n'approuve pas cette valeur, l'apporteur cesse d'être actionnaire et la constitution de la société reste en suspens jusqu'au placement des actions restées sans titulaires; si l'assemblée approuve la valeur indiquée par l'apporteur, celui-ci acquiert un nombre d'actions correspondant à la valeur du bien.

Quand la valeur des biens n'a pas été déterminée dans les statuts, l'assemblée nomme un ou plusieurs experts (*periti*), qui sont ou non des souscripteurs chargés de déterminer le prix des biens. Quand le prix a été ainsi déterminé, l'apporteur reste obligé définitivement; il n'a pas le droit, à moins de réserves formelles, de contredire le jugement des experts et il devient actionnaire comme les autres.

268. Quand un associé a apporté une créance, sa situation envers la société est indiquée par l'article 80 du Code de commerce.

« L'associé qui a fait apport à la société d'une ou plusieurs créances — dit cet article — n'est pas libéré, tant que la société n'a pas obtenu le paiement de la somme pour laquelle avait lieu l'apport. — Si le paiement ne s'obtient que par l'exécution du débiteur, l'associé répond de la dette avec les intérêts légaux à dater du jour où, la créance a été apportée sous réserve de la réparation du dommage. »

269. L'article 81 tranche les difficultés qui pour-

raient naître au cas où, il y aurait des apports des actions cotées à la Bourse, ou des choses dont le prix est déterminé par les mercuriales.

« Si la valeur des apports d'un des associés — dit l'article — n'a pas été déterminée par les contractants, on leur attribue leur valeur courante au jour fixé pour la livraison, indiquée par les cotes de Bourse ou les mercuriales du lieu où est le siège de la société, et à défaut de ces renseignements on recourt aux experts.

270. En troisième lieu « l'assemblée délibère sur la réserve de participation dans les bénéfices nets de la société en faveur des fondateurs. » Il s'agit dans le n° 3 de l'article 134 « des avantages particuliers accordés aux fondateurs. » Nous avons vu quand nous avons étudié la législation française, ce qu'il faut entendre par « avantages particuliers, » nous n'y revyendrons pas. La loi italienne est très sévère à leur égard, mais malgré cette rigueur, il est toujours possible aux fondateurs de tirer un profit plus ou moins grand de leur qualité.

Dans certains pays, les avantages particuliers consistent en actions qu'on leur accordent. En Italie « ils ne peuvent consister qu'en une part de bénéfices. » Nous trouvons dans cette disposition de la loi beaucoup de sagesse. Il est logique, croyons-nous, de donner aux fondateurs une part de bénéfices et il est injuste de leur accorder des actions les mettant sur le même pied que les souscripteurs. Pourquoi donner aux fondateurs les droits des actionnaires leur permettant de prendre part au partage de la société? Il est raisonnable au contraire, de ne leur accorder qu'une portion des bénéfices de la société, car si la société périclité et arrive

a être dissoute, ils se verront seulement dans l'impossibilité de réaliser leur idée, tandis que les actionnaires perdent leur capital. D'autre part, l'attribution d'une partie des bénéfices les intéresse davantage à la société et les oblige à faire tous leurs efforts pour rendre la société prospère.

271. Les fondateurs ne sont pas libres d'après la loi italienne de fixer selon leur bon plaisir, leur droit aux bénéfices. Écoutons l'article 127 :

« Dans la constitution de la société, les fondateurs ne peuvent se réserver aucune prime,agio ou bénéfice particulier représenté par une forme quelconque de prélèvements d'actions ou d'obligations de faveur, ni concéder des commissions en faveur de ceux qui ont garanti ou assumé le placement des actions. Tout pacte contraire est nul. Toutefois, les fondateurs peuvent se réserver un dixième dans les bénéfices nets de la société pendant un certain temps, qui ne peut dépasser le tiers de la durée de la société, et en tout cas excéder cinq années; ils ne peuvent pas stipuler que le paiement aura lieu avant l'approbation du bilan. »

L'adoption de cet article a donné lieu en Italie à de longues discussions, mais son utilité a fini par être admise.

De ce qui précède, on voit qu'il ne suffit pas que les fondateurs stipulent et insèrent dans les statuts les avantages qu'il se confèrent, il faut encore, pour que ces avantages, même s'ils ne dépassent pas la limite fixée par l'article 127, leur soient valablement acquis, que l'assemblée des actionnaires les approuve. Il est hors de doute, que si l'assemblée générale ne les approuve pas, la société ne pourrait pas se constituer, les

fondeurs ayant le droit de se retirer. Il en serait de même au cas où les avantages seraient réduits, à moins que les bénéficiaires ne consentent à la réduction.

272. L'assemblée générale nommera, en outre, le conseil d'administration, à moins qu'il ne soit déjà désigné dans le prospectus ou dans le projet de statuts.

La faculté laissée aux fondateurs de nommer le premier conseil d'administration, se trouve dans presque toutes les législations que nous avons parcourues. Ce droit a paru raisonnable au législateur; les fondateurs ont eu l'idée de l'entreprise, et ce n'est peut-être que sous leur direction qu'elle pourra réussir.

Mais les premiers administrateurs ne doivent pas rester trop longtemps en fonctions. Le mandat des premiers administrateurs — dit en substance l'article 124 — ne peut leur être conféré pour plus de quatre ans. Et dans le cas où, les statuts n'ont fait que nommer les premiers administrateurs, sans indiquer en même temps la durée de leurs fonctions, elle ne sera que de deux ans. La loi prévoit aussi le remplacement des administrateurs par moitié dès la première année. Ces mesures sont favorables à la société, elles lui permettent de se débarrasser des administrateurs qui par leur incapacité ou malhonnêteté l'empêcheraient de se développer. D'autre part, si les personnes en fonctions sont des administrateurs capables et honnêtes et rendent de grands services, la société peut les conserver, ils sont rééligibles.

273. L'assemblée générale doit aussi nommer les contrôleurs, vérificateurs ou conseil de surveillance (*sindaci*), qui sont chargés des mêmes attributions que

les commissaires de surveillance en France et sur lesquels nous n'avons rien à dire.

274. Il nous reste, pour en finir avec l'assemblée générale des actionnaires, à voir quel est le mode de convocation de cette assemblée et comment on vote les questions qui intéressent à un si haut point l'existence de la société. « Pour les assemblées qui précèdent la constitution de la société — dit l'article 156 — la convocation est faite par les fondateurs ou par la personne désignée dans le prospectus indiqué à l'article 129, pour présider la première assemblée. — Dans cette première assemblée, chaque souscripteur a une voix, quel que soit le nombre des actions qu'il a souscrites; et pour la validité des décisions, la présence de la moitié des souscripteurs et le consentement de la majorité absolue des assistants est requise. »

On ne s'inquiétera donc pas de savoir le nombre d'actions du souscripteur pour lui accorder un nombre proportionnel de voix dans l'assemblée, et quel que soit le nombre d'actions lui appartenant il n'aura qu'une seule voix. Ce qui a fait dire M. Bing que : « dans l'assemblée constituante, l'élément personnel l'emporte sur l'élément réel. »

La majorité requise pour la validité des décisions de l'assemblée générale, est la majorité absolue des membres présents qui doit être la moitié de tous les souscripteurs.

La loi italienne laisse le droit de vote, même dans les questions qui les intéressent directement, aux apporteurs en nature et aux associés avantagés. Malgré tout, la majorité exigée par la loi italienne sera souvent difficile à obtenir, surtout dans les grandes sociétés où

souscrivent des milliers de personnes. Ces difficultés disparaissent si les statuts — la loi le permet ⁽¹⁾ — fixent une majorité moins forte.

275. — Il pourrait se faire que les actionnaires réunis en assemblée, même après les explications fournies par les fondateurs et les administrateurs s'il y en a, ne fussent pas complètement renseignés et n'eussent pas les indications nécessaires pour voter en pleine connaissance de cause; en pareil cas, on leur accordera un délai plus ou moins long pour compléter leurs renseignements.

Chaque associé qui déclare dans l'assemblée générale n'être pas suffisamment informé, peut demander l'ajournement de l'assemblée à trois jours; si la proposition est appuyée par les associés, souscripteurs d'un quart du capital représenté dans l'assemblée, le renvoi a lieu de droit. S'il en est demandé un terme plus long, mais n'excédant pas un mois, la majorité décide. — Tout délai excédant un mois doit être consenti par les trois quarts des assistants (art. 135).

276. Si l'ajournement de l'assemblée n'a pas été demandé, celle-ci accomplit les devoirs qui lui incombent d'après l'article 134; et après les avoir accomplis, elle procède aussitôt à la confection de l'acte constitutif de la société, avec le concours des associés présents qui représentent en ce cas les absents. S'il n'est pas possible d'achever l'acte constitutif le même jour, la séance peut être continuée les jours suivants sans interruption (art. 136).

(1) V. art. 89, n° 10.

SECTION V.

L'inscription judiciaire.

277. L'autorisation gouvernementale reconnue inefficace, a été supprimée en Italie en 1883. Elle présentait, ainsi que nous l'avons exposé, de nombreux inconvénients et n'avait aucune utilité, aussi son maintien devenait impossible. A la Chambre des députés, tout le monde la combattait, et M. Mancini dans son rapport, ne lui était pas non plus favorable.

« Le droit d'association — disait-il — est une liberté naturelle de l'homme indépendante du bon plaisir de l'État, tant que cette liberté s'exerce légitimement et sans léser les droits d'autrui; sur quoi le gouvernement se fonderait-il pour s'arroger le pouvoir de permettre ou d'empêcher les associations de personnes ou de capitaux? » De même, la dissolution de la société par le gouvernement paraissait inique à M. Mancini, qui n'admettait pas l'intervention du gouvernement dans une affaire ne regardant que les particuliers.

La doctrine se prononçait aussi contre la tutelle gouvernementale, et l'un des commentateurs du Code de commerce italien ne la trouvait explicable que là où les populations sont encore peu habituées aux règlements libéraux et qui, par conséquent, ont peu de sollicitude à s'occuper de leurs propres intérêts, en ce cas seulement on peut craindre, dit-il, en supprimant l'autorisation du gouvernement, que les associés ne soient trompés et examinent légèrement si les conditions prescrites par la loi ont été remplies ⁽¹⁾.

(1) V. Vidari, *op. cit.*, p. 151.

278. D'autre part, de tous côtés on s'acheminait dans la voie de la liberté. Dans l'enquête qui précéda la rédaction du Code, toutes les chambres de commerce du royaume, sauf trois, se prononcèrent pour la suppression de l'autorisation préalable. Aussi la liberté des sociétés commerciales était stipulée dans le projet préliminaire, mais elle fut loin d'être admise dans la rédaction définitive.

D'après le projet préliminaire, la constitution des sociétés anonymes était laissée aux soins des associés qui devaient observer les règles qu'ils jugeraient utiles, à condition cependant que les statuts fussent déposés et publiés avec l'acte constitutif de la société. Dans la discussion du Code, le ministre Finali prétendit qu'il était impossible d'accorder la liberté aux sociétés dans certaines parties de l'Italie, et de se contenter d'une réglementation légale; il craignait, disait-il, que la loi ne fût violée par ignorance ou par erreur. Il proposa, en conséquence, de faire vérifier la régularité de l'acte constitutif ou des actes antérieurs, la réalité des souscriptions et des versements, par le tribunal de commerce qui délivrerait une ordonnance d'inscription, sans laquelle la société ne pourrait exister légalement. Cette idée le ministre l'avait empruntée au Code de commerce espagnol de 1829, qui avait remplacé l'autorisation gouvernementale par la vérification du tribunal.

La proposition ministérielle donna lieu à une grande discussion, n'était-elle pas, disait-on, un détour pour maintenir l'autorisation préalable; malgré tout, elle finit par triompher.

279. Le Sénat n'était pas en principe opposé à la

vérification, mais il voulait qu'un notaire en fût chargé et non pas le tribunal. Car, disait-il, l'intervention du tribunal de commerce donnerait lieu aux mêmes inconvénients que l'autorisation gouvernementale qu'on voulait supprimer; et, en outre, le tribunal de commerce pourrait être amené à se contredire, s'il était obligé de se prononcer sur la légalité d'une société qu'il a antérieurement reconnue. On répondit, que l'examen du tribunal n'était qu'une vérification purement extérieure dont le but était de voir si l'acte constitutif contenait les indications requises par la loi et était accompagné des documents nécessaires; qu'ainsi, la vérification du tribunal ne pouvait pas produire les illusions qui étaient la suite de l'ancienne autorisation gouvernementale. On ajoutait que, le tribunal ne pourrait pas se contredire, car l'ordonnance d'inscription qu'il délivrerait serait un acte de juridiction gracieuse n'ayant pas autorité de chose jugée, dès lors, rien n'empêcherait le tribunal de statuer librement quand on discuterait devant lui la légalité de la constitution de la société.

280. La proposition Finali fut soutenue avec beaucoup de force par le ministre de l'agriculture, d'industrie et du commerce. Voici ce que nous trouvons dans son mémoire :

« C'est une heureuse inspiration (la vérification du tribunal), l'expérience ayant démontré que la menace de graves responsabilités civiles et pénales pour les fondateurs et administrateurs ne suffisait pas à empêcher la violation de la loi et les fraudes à l'égard des associés et des tiers. Il ne faut pas dire qu'on maintient en fin de compte l'autorisation gouverne-

mentale; il n'y a rien de commun entre les deux systèmes. L'un abandonne la constitution de la société par actions au bon plaisir du gouvernement qui exerce une action purement administrative, l'autre confie à l'autorité judiciaire une mission juridique qui consiste à vérifier si l'acte constitutif contient toutes les indications que la loi ordonne de porter à la connaissance du public, et surtout celles qui servent à démontrer que les actionnaires ont souscrit tout le capital social et ont versé la partie exigée par la loi ⁽¹⁾. »

281. M. Vidari en critiquant le projet sénatorial, montre ses préférences pour la proposition ministérielle.

« Le Sénat croit plus opportun — dit-il — de confier la charge de vérification non pas au tribunal où la société a son siège, mais au notaire qui reçoit l'acte constitutif; et cela pour empêcher le public de se méprendre sur le véritable sens de l'œuvre confiée au tribunal, et de croire que le tribunal approuvant la société, en devient garant, mais il est évident que le tribunal n'apprécie pas la valeur de l'entreprise et des pactes sociaux, mais seulement la conformité de l'acte aux dispositions de la loi. L'intervention du tribunal ne peut être l'objet d'aucune équivoque, tout le monde sait qu'il ne garantit jamais rien, et déclare seulement de quel côté est le droit; personne ne pourrait raisonnablement attribuer le caractère d'une tutelle administrative à une institution qui a essentiellement et exclusivement un caractère juridique. En outre, les garanties d'impartialité qu'offre un tribunal, sont bien plus

(1) *Memoria del ministro di agricoltura, industria e commercio.*

grandes que celles que présente un notaire qui est souvent celui des fondateurs. En vain dirait-on que la responsabilité solidaire du notaire avec les administrateurs, l'engagerait à veiller à ses devoirs, on sait aujourd'hui échapper à cette responsabilité avec une grande habileté ⁽¹⁾? »

282. Malgré la grande opposition qu'ils rencontrèrent, les sénateurs italiens ne se tinrent pas complètement pour battus, et n'acceptèrent pas dans son entier le système contraire. Ils renoncèrent à l'intervention du notaire, mais n'admirent pas celle du tribunal de commerce, et ce fut le tribunal civil qui fut choisi à titre de transaction entre la Chambre des députés et le Sénat. En faveur de ce dernier système, on fit remarquer que dans beaucoup d'arrondissements du royaume il n'y avait pas de tribunal de commerce et que les affaires commerciales étaient jugées par le tribunal civil.

Examinons rapidement en quoi consiste l'inscription judiciaire.

283. L'article 91 nous dit : « L'acte constitutif et les statuts des sociétés anonymes doivent être déposés par les soins et sous la responsabilité du notaire qui a reçu l'acte et des administrateurs dans les quinze jours de leur date, au greffe du tribunal civil dans la juridiction duquel le siège de la société est établi. — Le tribunal civil après avoir vérifié l'accomplissement des conditions fixées par la loi pour la constitution légale de la société, ordonne, par ordonnance rendue en chambre du conseil et avec l'intervention du ministère public, l'inscription et l'affichage de l'acte constitutif

(1) V. *op. cit.*, p. 153.

dans les formes prescrites par l'article précédent. — Les règles à suivre pour l'exécution de ces dispositions et de celles contenues dans l'article précédent sont déterminées dans un règlement qui sera publié par décret royal. »

D'après cet article, le tribunal accordera donc ou refusera une véritable autorisation selon que le résultat de ses délibérations sera favorable ou non à la société. Dans la loi, on ne rencontre pas le terme d'*autorisation judiciaire* et on s'est abstenu, tout en l'imposant aux sociétés anonymes, de la désigner sous une qualification. Avec intention, croyons-nous, car le mot *autorisation* répugnait et on ne voulait pas qu'on pût assimiler l'ordonnance du tribunal à l'autorisation du gouvernement. Il n'y a pas identité de mot, mais il y a la même chose au fonds, ce qui est bien plus regrettable.

284. Il faudra pour que la société anonyme soit légalement constituée, déposer l'acte constitutif et les statuts au greffe du tribunal civil et ils seront vérifiés dans la chambre du conseil. C'est à titre gracieux, que le tribunal examinera les actes déposés; mais on déclare nécessaire la présence du ministère public.

Après examen et délibérations le tribunal rendra une ordonnance d'inscription ou refusera de faire droit à la demande. Car le tribunal civil, bien qu'il soit chargé d'une mission gracieuse, est libre de se décider comme il lui plaît; sinon la loi aurait dit une absurdité, ce qui — nous le pensons — n'a pas été son intention. Si le tribunal civil a ordonné l'inscription de la société, la société est constituée; mais s'il a refusé — ce qui est possible — d'ordonner l'inscription, *quid?*

Sa décision est-elle à l'abri de toute critique? est-elle susceptible d'appel?

Et notons qu'il pourrait arriver que l'assemblée des actionnaires — ce qui arrivera toujours, sans cela il n'y aurait pas d'acte de constitution et par cela pas besoin de venir devant le tribunal civil — eût décidé la constitution de la société. Il y aurait donc deux décisions contraires, l'une du tribunal, l'autre des associés qui sont les seuls intéressés dans l'affaire, laquelle des deux prévaudrait? Y aurait-il une juridiction supérieure pour trancher ce conflit?

La loi ne répond pas à ces questions, et faut-il dire que le législateur italien a entendu que le droit commun reprît son empire et qu'on pût appeler de la décision des premiers juges? L'affirmative croyons-nous, s'impose, le droit commun étant applicable toutes les fois que la législation commerciale ne s'en est pas expressément écartée. D'autre part, il serait d'une excessive rigueur qu'on empêchât les fondateurs ou les administrateurs d'appeler de la décision qui leur refuse l'ordonnance, alors que dans une société anonyme les principaux et seuls intéressés ne sont que les associés.

285. Une autre question à laquelle nous répondrons cette fois, avec le texte de la loi, c'est celle de savoir si la disposition de l'article 91, non observée, entraînerait la nullité de la société. Cet article 91 nous dit bien qu'au cas où l'acte constitutif et les statuts ne seraient pas déposés, il y aurait responsabilité pour le notaire qui a reçu l'acte et pour les administrateurs; mais quelle serait la situation de la société elle-même? serait-elle nulle, subsistera-t-elle malgré l'irrégularité?

C'est l'article 98 du Code qui nous donne la réponse :

« Si les formalités indiquées par l'article 91 n'ont
« pas été accomplies, la société n'est pas légalement
« constituée. Et jusqu'à la légale constitution de la
« société, les associés, les fondateurs et tous ceux qui
« opèrent en son nom sont responsables sans limite et
« solidairement pour toutes les obligations contrac-
« tées. »

Cet article ne vise que les tiers qui ont contracté avec les fondateurs. Il ne dit rien des actionnaires; mais ceux-ci n'ont pas été oubliés par le législateur, leur droit fait l'objet de l'article 99 :

« Les actionnaires peuvent — dit cet article — demander qu'ils soient déliés des obligations dérivant de leurs souscriptions si dans les trois mois depuis l'échéance du terme établi par l'article 91, on n'a pas exécuté le dépôt ordonné par ce dernier article. »

286. Une dernière disposition de la loi relative à l'inscription judiciaire a trait aux succursales des sociétés anonymes établies à l'époque de la constitution des sociétés ou pendant leur durée. L'article 92 qui s'en occupe, s'exprime comme il suit :

« Si, au temps de sa constitution ou ultérieurement, la société institue une ou plusieurs agences (*rappresentanze*), en dehors de la juridiction du tribunal où se trouve son siège ou celui des autres établissements sociaux, le mandat conféré au représentant doit être déposé, inscrit et affiché dans la forme et le délai fixés par l'article 90 près du tribunal de commerce, dans la juridiction duquel est instituée l'agence. — Les sociétés en commandite par actions et anonymes doivent, par les soins et sous la responsabilité des administrateurs

déposer, faire insérer et afficher au greffe du tribunal de commerce dans la juridiction duquel est établi le siège de la société et de ceux dans la juridiction desquels les nouveaux établissements et les nouvelles agences sont établis, un extrait de la délibération relative à l'institution de ces nouveaux établissements ou de ces nouvelles agences, dans le royaume ou en pays étranger, avant que la délibération ne soit exécutée. — Le notaire et les administrateurs doivent faire exécuter l'annotation correspondant en marge de l'inscription de l'acte constitutif dans le registre des sociétés. »

287. L'inscription judiciaire que nous persistons à appeler autorisation judiciaire quoique la loi ne lui donne aucun nom, n'est pas à l'abri de toute critique. Il nous est difficile et même impossible d'admettre, qu'on soumette à l'appréciation du tribunal un contrat sur lequel il n'y a pas de contestation : l'intervention de l'autorité judiciaire est inutile et gênante; en outre l'inscription judiciaire comme l'autorisation préalable, a le défaut d'occasionner des lenteurs regrettables.

SECTION VI.

La publicité.

288. Pour qu'une publicité atteigne son but, il faut qu'elle soit aussi large que possible, avec les procédés les plus simples; examinons si dans la loi italienne, elle remplit ces deux conditions.

L'acte constitutif de la société doit, sans aucun doute, être l'objet de la plus grande publicité; il n'a pas d'effet

— ainsi que nous l'avons vu — avant d'avoir été vérifié par le tribunal civil. C'est cette autorité judiciaire qui ordonne sa publication. Il sera affiché au dire de la loi, dans la salle du tribunal de commerce de la commune et de la Bourse la plus voisine. Cette disposition organise la publication locale ; elle est bien loin d'être suffisante ; elle ne sert à instruire de l'existence de la société, que les habitants de la localité où la société a son établissement ; mais pour les personnes qui habitent d'autres départements, elle n'est d'aucun effet.

289. Si la loi italienne s'était contentée de cette publication, elle aurait fait quelque chose d'incomplet et peu efficace ; mais le législateur italien, fidèle aux principes généraux qui l'ont guidé, a été bien plus exigeant ; l'article 94 le démontre :

« Un extrait de l'acte constitutif et des statuts des sociétés en commandite par actions et anonymes contenant toutes les indications requises par l'article 89, doit être publié par les soins des administrateurs, dans le journal d'annonces judiciaires du lieu où est le siège de la société, dans le mois à dater de l'ordonnance indiquée dans l'article 91. »

Et si la société a des agences ou succursales, on admet communément que cette publication doit avoir lieu dans les journaux d'annonces judiciaires des lieux où ces agences et succursales existent. Cette règle se déduit par *a fortiori* de l'article 93, qui exige une pareille publication pour les sociétés en nom collectif et en commandite simple, à plus forte raison doit-elle avoir lieu pour les sociétés anonymes.

290. Bien plus, on a voulu que dans tout le royaume on connût l'existence de la société, et on a

cru que la meilleure manière de rendre cette connaissance facile, était de fonder un journal qui s'occupât spécialement des sociétés. Tel est l'objet du Bulletin officiel des sociétés par actions, *Bolletino ufficiale delle società per azioni*. Ce bulletin, est analogue aux annexes du *Moniteur* que prévoit la loi belge.

Comme la loi belge, la loi italienne veut que l'acte constitutif et les statuts soient publiés en entier et non pas par extrait comme cela a lieu en France.

« L'acte constitutif et les statuts des sociétés en commandite par actions et anonymes — dit l'article 95 — doivent être publiés en entier et avec les documents annexés dans le Bulletin officiel des sociétés par actions. — Les règles et les conditions pour les publications à faire dans ce Bulletin sont fixées par décret royal. »

Le décret royal dont parle cet article a été rendu à la date du 27 décembre 1882; il a été suivi d'une circulaire ministérielle du 8 mars 1883 et ces deux documents donnent les détails sur le registre de commerce et sur le Bulletin.

Sur le registre de commerce, on consacre une page à chaque société; et toute personne peut soit consulter le registre ou les documents qui y sont annexés, soit réclamer une copie à ses frais.

Dans le Bulletin qui paraît au moins une fois par semaine, les publications doivent être faites dans les quinze jours de la demande. Le Bulletin est envoyé gratuitement aux bourses, chambres de commerce, tribunaux civils et commerciaux, aux cours d'appel et de cassation, qui doivent le conserver en volume à la disposition de ceux qui désireraient le consulter. Grâce à ce Bulletin, le législateur italien a créé

une grande publicité et a mis le public en mesure de connaître facilement l'existence et la marche de la société.

291. La même publication doit avoir lieu pour tout changement qu'on apporterait par la suite à l'acte constitutif et aux statuts; l'article 96, alinéa 2, est très clair sur ce point :

« Tous les changements introduits dans les dispositions de l'acte constitutif ou des statuts des sociétés en commandite par actions et anonymes, doivent résulter d'une délibération prise en conformité des prescriptions de la loi et de l'acte constitutif ou des statuts et déposée au greffe du tribunal civil pour la vérification de l'accomplissement des conditions fixées par la loi et pour l'autorisation de l'inscription sur le registre des sociétés; ces actes doivent être inscrits, affichés et publiés suivant les dispositions des articles 91, 94 et 95. »

292. Toutes ces formalités doivent être accomplies par les administrateurs de la société qui, ayant reçu le mandat de diriger la société, doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas nulle pour inaccomplissement des formalités prescrites par la loi. Les associés évidemment n'ont pas la même obligation, mais comme il est aussi de leur intérêt que la société ne soit pas viciée, la loi leur donne la faculté d'accomplir eux-mêmes les formalités négligées par les fondateurs ou administrateurs.

« Il est dans la faculté de tout associé — dit l'article 97 — d'accomplir aux frais de la société les formalités prescrites pour le dépôt, et la publication de l'acte constitutif, des statuts de la société et des actes indi-

qués dans l'article 96, ou de faire condamner les administrateurs de la société à les exécuter. »

293. Telle est la publicité organisée par la loi italienne, quelle est la sanction? On considère que la publicité a la même importance que les conditions de fond exigées pour la constitution des sociétés, son inaccomplissement entraîne, d'après le législateur italien, la non existence des sociétés.

En conséquence, aux yeux de la loi, la société non publiée n'a pas existé et ceux qui ont agi en son nom, associés, fondateurs, administrateurs, etc., sont censés avoir contracté pour eux-mêmes, ils seront responsables indéfiniment et solidairement.

La situation des associés quand la société n'a pas d'existence légale est très dangereuse. Dans leurs rapports avec la société, celle-ci est aussi regardée comme inexistante; mais ils pourront demander à être déchargés de leurs obligations envers elle⁽¹⁾.

D'un autre côté, les changements apportés à l'acte constitutif ou aux statuts n'auront d'effet vis-à-vis des intéressés que, quand ils auront pu être connus d'eux, ce que dit l'article 100 :

« Les modifications de l'acte constitutif ou des statuts quelle que soit l'espèce de la société, sont sans effet, jusqu'à ce qu'elles soient inscrites et publiées suivant les dispositions de l'article 96. »

294. A côté de cette publicité qui a lieu lors de la création de la société, il y a une autre publicité permanente empêchant les personnes qui n'ont pas à leur disposition les autres publications d'être induites en

(1) V. art. 98 et 99 reproduits plus haut.

erreur sur le genre de société, avec laquelle elles contractent.

Dans tout acte, lettre, publication ou annonce qui se réfère à la société, doivent être clairement indiqués l'espèce et le siège de la société. — Le capital des sociétés en commandite par actions et anonymes, doit être indiqué dans les actes susdits, d'après la somme effectivement versée et dont l'existence résulte du dernier bilan approuvé.

L'importance de cette disposition est assez grande, car elle offre aux personnes qui voudraient entrer en relations avec la société un moyen plus simple et plus expéditif de connaître à première vue le capital dont la société dispose véritablement, sans qu'elles soient obligées de consulter les autres actes publiés.

SECTION VII.

La responsabilité des fondateurs.

295. Quand il s'agit de déterminer sur qui doit tomber la responsabilité de la constitution illégale de la société, les premières personnes qui se présentent à l'esprit du législateur sont les fondateurs. Il est en effet logique que les fondateurs assument la responsabilité d'une entreprise, dont ils ont eu l'initiative et qui ne peut exister à cause de leur imprudence.

Les fondateurs d'une société anonyme n'ont pas toujours eu la position qui leur est faite aujourd'hui. Sous le Code français de 1807, la responsabilité qui pesait sur les promoteurs d'une société était allégée par suite de l'autorisation préalable. Alors comme au-

jourd'hui, c'était la faute de ceux qui avaient pris l'initiative de l'entreprise si la société ne naissait pas avec toutes les garanties désirées, mais le gouvernement qui avait le contrôle des sociétés anonymes, devait refuser l'autorisation si la loi n'avait pas été respectée.

En Allemagne, sous l'empire de la loi de 1870, devenir *Gründer* était chose facile; on y trouvait un moyen de s'enrichir en trompant ses semblables. Comme toutes les choses qui sont d'une réalisation commode, les *Gründer* s'étaient beaucoup multipliés et en même temps les fraudes avaient augmenté. Le nom de *Gründer* était devenu synonyme de trompeur, sinon de voleur toléré par la loi. Aussi quand on modifia la législation sur les sociétés par actions en Allemagne, on a cherché à relever ce nom qui était devenu odieux avec assez de raison. A cet effet, la nouvelle loi allemande a imposé aux fondateurs un grand nombre de devoirs et une responsabilité qui ne connaît pas de bornes.

296. En Italie, les fondateurs sont astreints à la responsabilité édictée par l'article 126, ainsi conçu :

« Les fondateurs (*promotori*) sont responsables et sans limite des obligations qu'ils contractent pour constituer la société, sous réserve de leur recours contre elle s'il y a lieu. Ils assument à leurs risques les conséquences des actes et les frais nécessaires pour la constitution de la société et si celle-ci n'est pas constituée pour une cause quelconque, ils ne peuvent pas recourir contre les souscripteurs des actions. »

« Si chacun de nous — dit M. Vidari — peut pour son propre compte imaginer la plus neuve et la plus hasardeuse entreprise, il doit la payer de son propre argent;

à plus forte raison, devons-nous répondre avec notre fortune des caprices que nous faisons payer aux autres. Ainsi des fondateurs, jusqu'à ce que la société dont ils ont eu l'initiative, soit constituée, doivent se considérer comme agissant en leur propre nom et pour leur propre compte; comme tels ils doivent répondre personnellement avec leurs fortunes des obligations assumées pour constituer la société. Et encore, quand ils sont plusieurs, leur responsabilité envers les tiers outre qu'elle est illimitée, serait encore solidaire, parce que dans les obligations commerciales les codébiteurs sont présumés être tenus solidairement ⁽¹⁾. »

297. On se défie beaucoup des fondateurs, la loi italienne ne leur permettant pas de faire aucun acte, en dehors de ceux qui sont nécessaires à la constitution de la société, s'il n'a pas été approuvé par l'assemblée générale. Tout acte fait par les fondateurs et qui serait contraire à cette disposition, serait nul (art. 138).

298. Mais constituer une société de commerce — comme le dit très bien M. Vidari — c'est faire un acte de spéculation; or gratuité et spéculation sont deux choses qui s'excluent l'une l'autre. Ce qui veut dire, que quoique les fondateurs n'inspirent pas une grande confiance au législateur, il faut qu'ils soient remboursés des frais qu'ils ont faits pour la constitution de la société. La loi parle des *actes nécessaires* (art. 138) et il s'agit de savoir ce qu'on doit entendre par ces mots; car c'est seulement pour ces actes que les fondateurs seront remboursés. Dans la discussion de la loi, M. Finali avait proposé pour éviter les abus, la fixation d'un

(1) V. M. Ercole Vidari, *Corso di diritto commerciale*, II, p. 428.

maximum que les frais nécessaires ne pourraient pas dépasser. Ce maximum était d'après la proposition Finali, de 2 0/0 du capital de la société. Mais cette proposition ne fut pas votée, et on est réduit alors à des conjectures. Vidari estime que les fondateurs pourraient se faire rembourser de tous les frais, qu'un commerçant soigneux aurait faits pour la constitution de la société (*la diligenza di un regolato commerciante*). Et d'après lui, il ne serait pas nécessaire pour ce remboursement, que les fondateurs insérassent une clause spéciale dans les statuts ou dans l'acte constitutif. Ottolenghi est encore plus favorable, il comprend dans les frais nécessaires : les voyages, les consultations d'avocats, le salaire des employés, les annonces, ainsi qu'une provision aux maisons qui ont garanti et assumé le placement des actions, bien que l'article 127, soit contraire à cette dernière dépense⁽¹⁾.

299. Au cas où la société ne pourrait pas être constituée, les frais de constitution resteraient à la charge des fondateurs, qui n'auraient aucun recours à exercer contre les souscripteurs. « Tant pis pour eux — dit Vidari — si l'entreprise par eux imaginée et projetée ne peut être menée à bonne fin pour une cause quelconque. *Imputent sibi*. Ils devaient mieux réfléchir aux accidents, et fortifier leur projet d'une plus grande probabilité de succès. Mais aucun autre ne doit être responsable d'une affaire, qu'eux seuls ont imaginée, voulue et mise en avant. »

Il nous semble pourtant, que les frais nécessaires, en cas de non constitution de la société, pourraient

(1) V. Ottolenghi E., *Il codice di commercio del Regno d'Italia*, éd. 1883.

être supportés en partie par les souscripteurs, si une clause insérée dans les statuts le décidait. Cette décision ne viole pas l'article 126 qui n'est pas d'ordre public; les souscripteurs d'autre part, ne seraient pas surpris si on leur faisait supporter une partie des frais, car ils ont su que si la société ne parvenait pas à être constituée, les frais de constitution seraient à la charge de tous les associés sans exception.

II. — LA ROUMANIE.

CHAPITRE I.

LA LÉGISLATION ANCIENNE.

300. La Roumanie n'est pas restée en dehors de ce mouvement législatif. Elle s'est décidée aussi à changer son Code de commerce qui, vu le développement du commerce depuis un certain temps, paraissait très insuffisant.

Comme tout pays de civilisation neuve, la Roumanie tient une place modeste dans la vie commerciale des peuples; elle n'a pour tout commerce d'exportation que ses produits agricoles. Mais si son exportation se limite aux produits de la terre, son importation consiste en objets manufacturés qui n'ont pas leurs similaires dans les produits nationaux. Sa situation agricole ne devrait pas — selon nous — la faire renoncer à l'industrie. Car nous sommes convaincus que, si l'agriculture est pour un pays la source de grandes richesses, elle ne pourrait pas à elle seule suffire à tous ses besoins. Quelque importants que soient les produits agricoles, il serait imprudent de fonder sur eux toute espérance. Et cela pour deux raisons : d'abord les produits

de la terre sont très aléatoires, ils dépendent de la nature du sol, du climat, de différents insectes qui naissent à tout moment et qui détruisent en peu de temps les meilleures récoltes; et, en admettant qu'un pays puisse avoir une grande quantité de produits agricoles, pourrait-il s'en trouver dans des proportions suffisantes, pour que le chiffre de l'exportation égale ou à peu près celui de l'importation? Voilà, croyons nous, les inconvénients d'un pays purement agricole : incertitude dans la production d'une part, et d'autre part, écart très grand en faveur de l'importation. Cet écart provient tout le monde le comprend, de l'inégalité de valeur entre les produits de la terre et les produits manufacturés.

Telle est la situation d'un pays purement agricole. Au cas où la terre, cette *alma mater*, a manqué — par suite d'une des causes que nous avons mentionnées plus haut — de donner ce qu'on attendait d'elle, il est forcé de ne pas pourvoir à des besoins parfois si impérieux, qu'on y donne satisfaction en dépit de toute défense. D'où il résulte, une position critique tant pour l'individu en particulier, que pour le pays en général. Il ne faut donc pas s'illusionner et croire qu'un peuple, ayant l'agriculture pour principale ressource, doit s'y cantonner à l'exclusion de tout le reste. Ce serait une erreur énorme.

301. La Roumanie, jusque dans ces derniers temps, paraissait peu s'inquiéter de sa situation économique. Produisant beaucoup plus de blé qu'elle n'en consommait, elle importait tout ce qui touchait à l'industrie. Ne voyant que l'agriculture et rien au delà, elle était loin de s'apercevoir qu'elle envoyait à l'é-

tranger, pour des prix dérisoires, les matières premières des objets qu'elle importait plus tard en les payant très cher. C'était, et ce l'est encore aujourd'hui dans une certaine mesure, un aveuglement. Il faut se rendre compte de ce que cette situation a de fâcheux.

Il ne faut pas se dissimuler que la position géographique du pays roumain expliquait, dans une large mesure, sa conduite économique. On ne peut pas se figurer la gêne d'un petit pays entouré de grands États dont chacun cherche à l'attirer de son côté. Ce funeste voisinage se traduit d'ordinaire par l'intervention des pays voisins dans les affaires intérieures du petit État, qui ne demande aucune protection et ne souhaiterait que la liberté.

302. La Roumanie a longtemps subi l'influence des grands pays qui l'entourent, et cela d'autant plus à l'époque où notre pays avait une situation politique dépendante. Il était donc naturel que le pays dont l'influence dominait en Roumanie, fût adversaire de toute industrie quelle qu'elle fût; et la manière employée pour faire perdre aux Roumains le goût de toute entreprise industrielle, fut de les enchaîner par des traités de commerce. Avec des traités de commerce où la Roumanie avait une situation notablement inférieure et où l'autre État contractant s'était réservé tous les bénéfices, il était impossible d'établir la moindre industrie; elle n'aurait pu résister à la concurrence étrangère. On s'aperçut à temps des inconvénients de cette situation et on voulut y remédier; mais il fallait attendre l'expiration des traités de commerce qui liaient la Roumanie avec les autres pays. Elle eut lieu il y a peu de temps, trois ans au plus; pour la

conclusion de nouveaux traités, la Roumanie se montra, à juste titre, plus exigeante. Ses réclamations s'expliquent d'abord par le vote dans différents pays de taxes qui imposent les produits roumains, et aussi par le désir qu'elle a de voir s'établir chez elle de petites industries, qui la dispenseront de servir un si grand tribut économique aux pays industriels.

Depuis quelque temps, nous sommes heureux de le constater, en Roumanie les industries ont pris un certain développement qui ne fera, nous l'espérons, que grandir; de cette manière, le peuple roumain aura, avec l'indépendance politique aussi complète que possible, l'indépendance économique aussi utile que la première.

303. Nous avons donné ce rapide aperçu de la situation économique de la Roumanie, pour faire comprendre que faute d'industrie, les sociétés commerciales et, en particulier, les sociétés anonymes, n'y étaient et n'y sont pas encore d'une fréquence très grande. L'ancien Code de commerce pourtant, en prévoyait l'existence et en réglementait l'organisation.

L'ancien Code de commerce roumain existait en Valachie dès 1840, son application avait été étendue à la Roumanie entière par une loi du 10 décembre 1864. Copie fidèle du Code de commerce français, il était loin d'être au courant des exigences du commerce, et les sociétés commerciales n'y faisaient l'objet que d'un petit nombre d'articles.

En disant que le Code de commerce de 1840 était la traduction du Code français, nous sommes dispensé d'en faire l'examen, qui serait la répétition de ce que nous avons dit du Code français de 1807. Retenons

seulement que, l'ancien Code de commerce roumain était sur les sociétés commerciales et particulièrement sur les sociétés anonymes, tout aussi sobre de détails que son modèle; et qu'il exigeait pour la constitution des sociétés anonymes, l'autorisation gouvernementale.

304. En présence d'une pareille situation, et le commerce roumain continuant à se développer, la législation commerciale devenait de plus en plus insuffisante et sa révision absolument nécessaire. D'autre part, les Codes de commerce étaient presque partout modifiés en Europe, ou du moins des lois spéciales sur certaines branches du droit commercial, apportaient des améliorations notables et donnaient des facilités plus grandes au commerce. La Roumanie ne put pas se soustraire à cette marche vers le progrès, et comme sa législation commerciale était remplie de lacunes, on se résolut à faire une révision générale. Voici comment s'exprimait à cet égard le rapporteur du Sénat, M. Polizo-Mișcunescu :

« Le commerce a pris dans tous les pays civilisés surtout dans ces derniers temps — disait-il — un si grand développement et une si grande importance, que la législation commerciale est devenue à bon droit l'une des préoccupations les plus importantes du législateur. — La Roumanie ne peut pas rester en arrière sur ce point, ou du moins en dehors du mouvement général. La fertilité de son sol, les richesses naturelles dont elle est dotée avec tant de largesse, le développement toujours grandissant dans toutes les manifestations de la vie nationale, les aspirations et les besoins qu'apporte le progrès, ont imprimé dans notre pays

une grande activité aux diverses transactions, aux opérations commerciales et ont éveillé en lui un commencement de vie industrielle, d'entreprises et de commerce. Des institutions de crédit, de circulation, d'assurance et diverses sociétés ont été fondées et se fondent tous les jours; les capitaux cherchent à se grouper, l'industrie et les fonds étrangers envahissent notre pays de plus en plus dans le seul but, de donner naissance à de grandes et nombreuses entreprises.

« Ce mouvement général issu des nécessités aujourd'hui impérieuses, doit faire le principal objet de notre sollicitude. Il ne faut pas perdre de vue, que notre avenir national dépend du développement de la fortune publique, la vraie base solide des nations. Les luttes entre les peuples se font aujourd'hui, surtout sur le terrain économique; et une nation soumise économiquement à une autre, et menacée dans sa nationalité même et déjà à moitié vaincue. Elle a beau avoir une organisation politique très forte et de nombreuses armées, le sort qui l'attend est celui qu'a eu l'ancien et puissant empire romain.

« Dans cette situation, la nécessité d'une législation spéciale, s'impose comme une nécessité de premier ordre. Le droit civil ne peut pas satisfaire les besoins particuliers de l'activité commerciale. Le commerce réclame avant tout protection ou sûreté, vitesse et crédit. Le développement du crédit, la rapidité des opérations et de la circulation, la sûreté des transactions, sont les éléments vitaux du commerce, son fondement même. »

305. Et plus loin, après avoir fait l'historique du Code commercial français, le rapporteur continue :

« Mais chez nous comme chez les autres nations dont nous avons parlé plus haut, la nécessité d'une réforme générale s'impose. Notre législation commerciale a été laissée de côté, quand s'est opérée en 1865 la grande réforme législative qui a doté notre pays de nouvelles lois civiles et pénales. Et cependant la Roumanie n'est pas restée stationnaire, le commerce a pris un grand développement. Sa situation géographique et ses ressources naturelles qui lui donnent une grande importance dans le commerce européen, ne lui permettaient pas de rester indifférente au progrès universel. Ainsi beaucoup d'institutions de crédit ont vu le jour, et beaucoup de sociétés très importantes se sont créées; l'esprit d'entreprise s'est accru et en un mot son commerce a pris un grand essor.

« Cet état de choses ne permet plus aujourd'hui au législateur roumain de retarder trop les améliorations législatives si impérieusement exigées ⁽¹⁾. »

306. Le rapporteur de la Chambre des députés, n'est pas moins explicite à reconnaître l'insuffisance du Code de 1840 et à en réclamer la révision.

« Notre Code actuel — dit M. Poenaro-Bordea — copié d'après le Code français de 1807 et introduit chez nous en 1840, ne répond plus aux besoins du temps et donne lieu à beaucoup de difficultés pratiques. On a senti depuis longtemps la nécessité de procéder à sa réforme, car nous voyons beaucoup de ses parties améliorées par des lois spéciales; tel a été le but de la loi sur le gage commercial, les Bourses, les agents de change et des nombreux essais tentés en

(1) V. le rapport au Sénat roumain.

vue d'une bonne réglementation des sociétés de commerce ⁽¹⁾. »

307. Mais les défauts du Code abrogé ont été surtout mis en lumière par le garde des sceaux, le ministre de la justice du royaume dans son rapport au roi :

« Il y avait longtemps, sire, dit le ministre, que le Code de commerce de 1840 ne répondait plus aux besoins économiques du pays, et n'était plus au courant des progrès réalisés dans toutes les branches de l'activité sociale.

« Le développement toujours croissant des relations commerciales tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, la création d'institutions nouvelles, des moyens de crédit et de transport peu connus au commencement du siècle, les modifications successives apportées au mécanisme de notre organisation judiciaire, les progrès considérables réalisés par la science du droit, les réformes importantes apportées depuis 1840 dans la législation commerciale des autres États, la transformation profonde qui s'est opérée graduellement et insensiblement dans notre langue juridique même la plus usuelle; tout a contribué à mettre de plus en plus en évidence les lacunes, les défauts et l'insuffisance de l'ancien Code de commerce, qui est devenu après un demi-siècle d'application, un document vieilli non conforme à l'état de choses actuel et en contradiction sur beaucoup de points avec les autres branches de législation, ou avec les nécessités réelles du commerce.

« D'un autre côté, dans la plupart des États euro-

(1) V. rapport à la Chambre des députés, séance du 13 juin 1886.

péens qui tiennent le premier rang dans la civilisation, on a fait dans ces derniers temps des travaux et des réformes importantes dans cette branche de législation ; chaque État a édicté des lois à peu près analogues, et on arrive ainsi graduellement à un Code de commerce uniforme et commun à tous les États qui sont liés par des relations commerciales régulières et permanentes ⁽¹⁾. »

C'est plus qu'il n'en faut, croyons-nous, pour faire voir combien il était nécessaire de réviser le Code de commerce.

308. Dès 1883, le gouvernement du royaume s'était préoccupé de la question, et il avait nommé une commission extra-parlementaire chargée de présenter au gouvernement un rapport qui contînt le projet du nouveau Code. Cette commission composée de jurisconsultes éminents, comme MM. A. Degre conseiller à la Cour de cassation de Bucharest, Remus N. Opreanu sénateur, Michel Poenaro-Bordea et N. Bagdat conseillers à la Cour d'appel de Bucharest et Em. Protopopesco-Packe avocat et professeur à l'école d'études commerciales de Bucharest, se mit à l'œuvre et présenta deux ans après sa nomination, en 1885, un projet de Code de commerce. Ce rapport, par suite des retards auxquels sont exposées les affaires qui suivent la voie parlementaire, n'amena qu'au bout d'un an, la loi qui devait abroger le Code de 1840.

309. La législation qui a servi de modèle au nouveau Code roumain, a été la législation italienne, de ci de là il y a eu quelques dispositions empruntées aux

(1) V. le rapport adressé à S. M. le roi, par M. Eug. Statesco, ministre de la justice.

législations française, allemande et belge, mais le fond du Code nous vient de l'Italie. « On a pris comme base fondamentale, dit le rapporteur, le Code de commerce italien qui étant la plus nouvelle œuvre législative sur la matière, a paru la plus satisfaisante et répondait le mieux aux besoins réclamés par le développement du commerce et de l'industrie ⁽¹⁾. »

Bien plus, des mots italiens ont été laissés dans la rédaction du nouveau Code roumain, sans même en changer l'expression. Ainsi la lettre de change qu'on appelait d'après le Code abrogé « *polița*, » s'appelle « *cambia* » dans le nouveau Code, parce qu'en Italie la lettre de change s'appelle *cambia*. Quand on a discuté le Code à la Chambre, il a paru que la dénomination de *cambia* était plus rationnelle et que dans les ports ce mot était assez connu. Il faut reconnaître que la Chambre a accepté bien facilement cette explication, car si la lettre de change est assez usitée dans les ports, elle ne l'est pas moins dans les autres villes où on ne la connaissait que sous le nom de « *polița*. » La raison donnée pour motiver le changement, est loin donc d'être satisfaisante.

310. Le nouveau Code roumain, n'a pas été au Parlement l'objet d'une longue et intéressante discussion. Soit qu'on sût que le Code italien dont le Code roumain était la copie, avait été précédé en Italie de longues et laborieuses études qui dispensaient par conséquent le législateur roumain d'examiner avec attention le projet présenté, soit que le projet de Code n'eût pas fait, comme il l'aurait dû, l'objet d'études

(1) V. Chambre des députés, séance du 13 juin 1886.

préalables de la part des représentants roumains; toujours est-il, que sauf quelques discours très étudiés sur l'autorisation de la femme mariée à faire le commerce et sur la lettre de change, on s'est borné pour le surplus à quelques explications sommaires, qui sont loin d'être complètes.

L'une des matières les plus importantes, les sociétés de commerce, n'a guère attiré l'attention du législateur, qui s'en est rapporté au législateur italien.

Aussi, il n'est pas nécessaire d'insister longuement sur la constitution des sociétés anonymes en Roumanie; nous risquerions de nous répéter. Nous n'examinerons que les différences entre le Code roumain et le Code italien. Les différences, disons-le de suite, ne sont pas nombreuses.

CHAPITRE II.

LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES D'APRÈS LE CODE DU 1^{er} SEPTEMBRE 1887.

SECTION I.

311. Le Code de 1887, se divise en quatre livres et contient 960 articles (il n'y en a que 926 dans le Code italien). Le premier livre s'étendant jusque et y compris l'article 489, traite du commerce en général, qui comprend : les actes de commerce, les commerçants, la vente commerciale, le report, les sociétés, la

lettre de change (*cambia*) et le chèque, le compte-courant, le mandat commercial et la commission, le contrat de transport, le contrat d'assurance et le gage; le deuxième livre (490-694) est entièrement consacré au droit maritime; le troisième livre (695-880) s'occupe de la faillite; enfin le quatrième livre (881-960) a trait à l'exercice des actions commerciales et à leur durée.

312. La réglementation des sociétés commerciales, forme l'objet du titre VIII du premier livre du Code et comprend 192 articles. C'est la constitution des sociétés anonymes que nous devrions examiner avec quelques détails, mais nous avons fait connaître comment les sociétés anonymes se fondent en Roumanie, quand nous avons décrit la constitution des sociétés analogues en Italie; il ne nous reste à indiquer que les rares différences existant, pour la constitution des sociétés anonymes, entre le Code roumain et le Code italien.

313. *Le nombre de sept associés.* — En Roumanie, pour qu'une société anonyme ait une existence légale, il faut qu'elle comprenne au moins sept associés (art. 121). Le législateur roumain n'a pas voulu, comme le législateur italien, que deux personnes pussent former une société anonyme. Quelles raisons l'ont déterminé à insérer dans le Code de commerce cette exigence? nous ne pouvons pas le savoir d'après les discussions parlementaires, il n'y en a pas eu à ce sujet; mais il faut croire que les raisons qui ont déterminé le législateur français à adopter cette condition d'importation étrangère, ont conseillé au législateur roumain d'imiter la loi française.

314. *Le taux minimum des actions.* — En Italie,

nous savons, qu'aucune stipulation de la loi n'empêche de créer des actions de 5 francs et même de 1 franc; la loi italienne ne contient aucun taux minimum. Tout ce que la loi italienne exige, c'est que les actions soient d'égale valeur et confèrent à leurs possesseurs des droits égaux, à moins qu'il n'en soit dit le contraire dans l'acte constitutif; et en tout cas, il faudra maintenir le droit de tout actionnaire de prendre part au vote dans les assemblées générales; ce droit ne pourra jamais être méconnu. Les titres des actions nominatives ou au porteur d'après la même loi, doivent contenir : 1° le nom de la société; 2° la date de l'acte constitutif et de sa publication; 3° le montant du capital social, le nombre et la somme totale des actions; 4° la durée de la société ⁽¹⁾. Rien n'est dit sur le taux minimum des actions.

Ce silence de la loi sur un point si important, n'a pas été imité par le législateur roumain. On a cru en Roumanie et peut-être avec raison, que laisser aux associés la pleine liberté d'émettre les actions à un taux qu'ils fixeraient eux-mêmes aussi peu élevé qu'ils le voudraient, serait leur fournir un moyen très facile de tromper la crédulité publique et de transformer les actions de la société en billets de loterie. Cette transformation aurait été bien plus aisée en Roumanie qu'en France, où on est bien plus circonspect quand on souscrit à une société; cette prudence serait moindre ou manquerait tout à fait en Roumanie, étant donnée la récente existence des sociétés par actions, les petits capitalistes attirés par l'appât d'un gain aussi

(1) V. art. 164 et 165 du Code italien.

considérable que douteux mettraient plus d'empressement à devenir actionnaires de la société.

Malgré qu'on mette plus de prudence dans les souscriptions d'actions, en France, nous trouvons un taux minimum; nous l'avons constaté dans la législation allemande; et nous le trouvons encore dans la législation roumaine. Les mêmes craintes ont amené les mêmes précautions, et c'est là seulement où la crainte n'a pas paru fondée, que la précaution du taux minimum n'a pas été prise, comme en Italie.

315. L'article 166 du Code roumain, distingue d'après le capital social, trois sortes de sociétés par actions :

1° Les sociétés dont le capital ne dépasse pas 1 million;

2° Les sociétés dont le capital est compris entre 1 et 5 millions;

3° Les sociétés dont le capital est supérieur à 5 millions.

Quand le capital social ne dépasse pas 1 million, le taux minimum des actions doit être de 100 francs; il doit être de 200 francs quand le capital social est supérieur à 1 million mais inférieur à 5 millions; enfin, les actions doivent être de 500 francs pour un capital social de plus de 5 millions. En un mot, la valeur nominale des actions ne peut pas être inférieure à 100, 200, 500 francs, suivant que le montant du capital est de 1, de 5 ou de plus de 5 millions. Les variations du taux minimum, ont été empruntées à la loi française légèrement modifiée. On n'a pas voulu, dans un but facile à deviner, que pour un capital supérieur à 200 mille francs, le taux fût supérieur à 100

francs, comme cela a lieu dans la loi de 1867; car si on avait copié sans modification l'article 1^{er} de la loi française, le placement des actions aurait été difficile et on aurait entravé la constitution des sociétés par actions, alors qu'on doit faciliter leur naissance.

SECTION II.

L'autorisation judiciaire.

316. Dans tous les pays dont nous avons étudié la législation commerciale, nous avons constaté que les sociétés anonymes n'étaient pas abandonnées pour leur constitution à la libre volonté des associés. Partout, le législateur est intervenu, soit en réglementant l'organisation de pareilles sociétés, soit en fixant dans la loi les conditions qui devraient être accomplies par les associés pour constituer valablement la société et en confiant à l'autorité judiciaire la charge de veiller à leur accomplissement. Le législateur roumain quand il a confectionné le Code de commerce, avait devant les yeux les systèmes adoptés dans les autres pays. Il savait qu'en France, on avait admis la réglementation légale sans qu'aucune autorité eût à s'enquérir si les conditions exigées avaient été ou non accomplies, les associés sachant bien que la société qu'ils fondaient, sans avoir au préalable rempli les conditions prescrites par la loi de 1867, était une simple société de fait et qu'en droit elle n'aurait pas d'existence. Les rédacteurs du Code roumain connaissaient encore le Code allemand, qui contient une réglementation des sociétés par

actions, différente de celle adoptée dans les autres pays. Ils n'ignoraient pas non plus le Code italien, qui a inauguré un système nouveau. Nous avons vu en quoi il consiste : pour qu'une société anonyme soit valablement constituée, il faut non seulement remplir les conditions prévues par le Code, mais encore recourir à la juridiction gracieuse du tribunal; c'est-à-dire en somme obtenir une *autorisation judiciaire*, malgré que la loi italienne n'impose pas cette expression.

317. Le législateur roumain n'a pas voulu d'équivoque et il a mis d'accord la forme avec le fond. Il impose l'autorisation judiciaire aux sociétés anonymes; c'est le système italien qui a ses préférences avec quelques modifications et une meilleure rédaction dans l'exposé de la théorie.

Le législateur roumain a-t-il fait un choix heureux? ce n'est pas ici le moment de le dire. Nous pensons quant à nous, que l'autorisation judiciaire a de grands défauts, nous les ferons voir plus loin; contentons-nous d'affirmer que, la législation roumaine exige une autorisation judiciaire et voyons de quelle manière on doit l'obtenir.

318. La loi roumaine, répétons-le, est formelle, elle veut impérieusement que la société anonyme comme la commandite par actions ne puisse pas fonctionner, avant d'avoir obtenu l'autorisation du tribunal. Écoutons plutôt l'article 138 :

« La société ne pourra pas être constituée qu'avec l'autorisation du tribunal commercial respectif, laquelle autorisation sera donnée à la suite d'une demande faite à cet effet par les fondateurs. Cette demande d'autorisation sera accompagnée :

« 1° De l'acte de constitution et des statuts de la société;

« 2° Des actes qui prouvent la souscription intégrale du capital et le versement d'au moins trois dixièmes en numéraire, fait par chaque actionnaire sur les actions par lui souscrites;

« 3° Des procès-verbaux et autres actes qui constatent les délibérations et les décisions prises par la première assemblée générale;

« 4° Des titres de propriété dans le cas où il y a des apports en immeubles, et d'un certificat délivré par le tribunal de la situation de ces immeubles, constatant les charges dont lesdits immeubles sont grevés;

« 5° Un inventaire complet fait en double, contenant la description et l'état estimatif des meubles et immeubles mis en société. »

Ainsi, après avoir satisfait à toutes ces conditions, les fondateurs devront se charger, c'est le plus important, d'obtenir l'autorisation du tribunal.

319. Cette autorisation, la dernière des conditions prescrites par la loi roumaine, sera demandée au tribunal de commerce du lieu où la société doit avoir son siège.

Que devra contenir la demande des fondateurs? la loi nous dit bien quelles pièces doivent être annexées, mais elle se tait sur le contenu de cette demande. Ce silence n'a rien qui nous étonne. La loi ne pouvait pas, dans un de ses articles, insérer un formulaire de la demande qui doit être faite par les fondateurs, alors que les termes doivent être laissés à la libre disposition de ceux qui sont chargés à la former.

La formule de la demande doit, croyons-nous, être

courte et indiquer que les soussignés (les fondateurs) ayant procédé à la constitution d'une société, et ayant rempli toutes les conditions requises par la loi, ainsi que l'attestent les pièces annexées, prient le tribunal de fixer le jour, où les intéressés seront entendus afin de mettre le tribunal en état de donner ou refuser l'autorisation. L'important n'est pas d'employer dans la demande tel ou tel terme, il faut, avant tout, que cette demande faite dans des termes laissés au libre choix des fondateurs, soit accompagnée des pièces que l'article 138 désigne très clairement.

320. Il est facile, d'autre part, de voir dans quel but la loi roumaine exige en même temps que le dépôt de la demande, le dépôt de certains actes.

Il faut, d'après le numéro 1 de l'article 138, remettre au tribunal l'acte de constitution et les statuts de la société. Pourquoi? il est facile de le dire. Nous allons voir un peu plus loin que le tribunal de commerce, lorsqu'il s'agit de demandes d'autorisation des sociétés par actions, doit rendre une décision, ayant les mêmes effets que les jugements ordinaires en matière commerciale. Or, avant que le tribunal rende le jugement, il faut qu'il ait le moyen de connaître dans tous ses détails, l'affaire sur laquelle il a à se prononcer; l'acte de constitution et les statuts lui donnent de nombreux renseignements sur la société qu'il est appelé à autoriser; le premier le met en état de vérifier le but de l'entreprise, les autres lui font connaître les conditions des arrangements intervenus entre les associés. Il est donc nécessaire que ces deux actes soient soumis à son examen.

321. Le numéro 2 du même article veut, que les

actes constatant la souscription totale du capital social et le versement des trois dixièmes sur chaque action, soient remis au tribunal. Quels peuvent être ces actes? Comment constate-t-on la souscription intégrale et le versement des trois dixièmes?

S'agit-il de constater la souscription intégrale, il faut distinguer suivant que la société se constitue avec ou sans souscription publique. Dans le second cas, l'acte de constitution et les statuts suffisent pour prouver que le capital social tel qu'il est indiqué dans les statuts, a été entièrement souscrit par les fondateurs seuls associés. Quand la constitution de la société a lieu au moyen de souscription publique, les bulletins des souscriptions, constatent la souscription du capital intégral; il faudra que ces bulletins, soient joints à la demande d'autorisation.

La preuve du versement des trois dixièmes sur chaque action, se fera à l'aide de quittances à souche, à moins que les fondateurs ne connaissent un moyen plus simple.

322. Le numéro 3 du même article, exige que les fondateurs joignent à leur demande les procès-verbaux et les actes contenant les délibérations et les décisions prises par la première assemblée générale. C'est toujours dans l'intention d'éclairer le tribunal, que le législateur a inséré dans la loi cette disposition.

323. Le tribunal doit connaître encore l'estimation des apports en nature, et c'est dans ce but que les numéros 4 et 5 de l'article 138 veulent, que le tribunal reçoive un inventaire estimatif des immeubles mis en société. Et comme rien ne doit échapper à sa vigilance, la loi impose aux fondateurs l'obligation de faire con-

naître par un certificat délivré par le tribunal de la situation de ces immeubles les charges, hypothèques, usufruit ou autres droits réels qui pèsent sur les immeubles apportés à la société.

Nous avons vu ailleurs, quels abus naissaient des évaluations excessives des apports en nature. Presque dans tous les pays, on a cherché à les faire cesser ou du moins à les diminuer. En Roumanie, on ne s'est pas contenté de rendre juges de ces évaluations les seuls actionnaires, on a craint que ce contrôle n'eût pas assez d'efficacité et que les abus auxquels nous faisons allusion, ne continuassent à se produire. Pour les faire disparaître, on a rendu plus sévère la surveillance et le contrôle. Si par hasard, l'assemblée des actionnaires sous l'influence de la parole très éloquente des associés faisant l'apport en nature, d'autant plus habiles dans leur discours, qu'ils plaident pour eux-mêmes, avait consenti à approuver les estimations des apports telles qu'elles étaient présentées et si en réalité les estimations étaient excessives, le tribunal exerçant un dernier contrôle, et ne subissant aucune influence, verra, d'après l'inventaire qui doit lui être présenté, si les estimations sont ou non conformes à la réalité et si elles doivent être réduites.

Il ne faut pas croire que, ce sont seulement les immeubles qui doivent être inventoriés et estimés, il en est de même des meubles mis en société, d'après le numéro 5 de l'article 138.

324. En Roumanie, ainsi qu'il ressort du nouveau Code, ce n'est pas un système libéral qu'on a adopté. On a eu beau supprimer l'autorisation gouvernementale, les nombreuses précautions qui l'ont remplacée,

nous font dire sans hésiter, que l'ancienne autorisation continue à subsister avec tous les défauts qu'on se plaisait à lui reconnaître. Il n'y a qu'une différence, anciennement c'était le pouvoir administratif qui décidait si on devait accorder ou non l'autorisation, tandis qu'aujourd'hui, c'est le tribunal commercial qui est le maître de cette décision. Pour nous, un excès de surveillance nuit autant qu'un manque absolu de contrôle. Il aurait fallu prendre un moyen terme. Le législateur roumain n'a pas cru devoir entrer dans cette voie; et il s'est imaginé que, seules les précautions législatives très nombreuses pouvaient faire prospérer les sociétés par actions, réduisant au minimum la fraude.

Nous devons pourtant excuser les rédacteurs du Code de commerce roumain. Pour un pays neuf, dont les habitants sont peu habitués aux sociétés par actions, on a pensé que le meilleur moyen de les préserver du dol, était d'augmenter la surveillance de la loi. On s'est trompé, croyons-nous. Nous trouvons l'autorisation judiciaire étroite et inutile; nous en exposerons plus loin les raisons.

325. Après cette digression, il faut revenir à l'article 138. Nous avons vu comment on devait demander l'autorisation du tribunal, et de quelles pièces cette demande devait être accompagnée. Voyons maintenant, comment le tribunal ayant reçu ces pièces procède pour accorder ou refuser l'autorisation qui lui est demandée. L'article 138 va nous le dire :

« Le tribunal après avoir obtenu l'avis de la chambre de commerce sur l'utilité de l'entreprise, la moralité des fondateurs et des administrateurs, sur l'exactitude de l'inventaire et l'estimation des biens meubles et im-

meubles mis en société, et après avoir vérifié si les conditions exigées par la loi pour la constitution légale de la société ont été accomplies, statuant en séance publique, le ministère public entendu dans ses conclusions, ainsi que les représentants de la société, accorde ou refuse l'autorisation, ou bien fait connaître les modifications qui devraient être introduites dans les statuts. ».

326. Qu'on remette au tribunal les actes que nous avons indiqués plus haut, c'est une obligation à laquelle les fondateurs ne pourraient pas se soustraire, mais ces actes seuls ne peuvent pas déterminer le tribunal, il lui faut quelque chose de plus, l'avis de la chambre de commerce du lieu où la société a son établissement.

Il est certain, que la chambre de commerce pour donner son avis sur la constitution d'une société, devra procéder à une enquête. Comment procédera-t-elle à cette enquête? dans quel délai? d'office ou à la requête du tribunal? autant de questions laissées sans réponse par le nouveau Code.

Nous pensons toutefois pour rester dans l'esprit de la loi, que le tribunal ayant reçu la demande d'autorisation avec les pièces obligatoires, doit demander l'avis de la chambre de commerce sur la société dont il s'agit. Le rôle de la chambre de commerce dans la constitution des sociétés par actions est très important, mais elle ne pourra l'exercer qu'à la suite de la demande dont le tribunal aura été saisi et sur l'invitation de ce dernier. Avant que le tribunal ait été saisi de la demande d'autorisation et ait demandé l'avis de la chambre de commerce, celle-ci ne pourra pas d'office intervenir dans la constitution des sociétés dont nous nous occu-

pons. Mais, dès que le tribunal lui aura demandé son avis, comme il le doit, son rôle commencera. En quoi consistera-t-il? Les pièces que le tribunal a reçues et dont nous avons donné l'énumération, devront lui être communiquées; elles la guideront dans l'enquête à laquelle elle procédera; elle verra, si les énonciations des pièces sont conformes à la réalité des faits. La chambre de commerce fera un rapport qui résumera le résultat de l'enquête, et l'adressera au tribunal.

Comment la chambre de commerce procédera-t-elle à l'enquête? Elle a pleine liberté; elle désignera sans doute, un ou deux de ses membres chargés de lui fournir tous les renseignements dont elle a besoin pour formuler son avis.

Cet avis et l'enquête qui nécessairement le précède, doivent porter sur les points suivants : *utilité de l'entreprise, moralité des fondateurs et administrateurs, exactitude de l'inventaire et de l'estimation des biens meubles et immeubles mis en société.*

La chambre de commerce aura donc fort à faire pour acquérir des renseignements exacts sur tous ces points, il lui faudra du temps; aussi la loi ne fixe aucun délai pour le dépôt du rapport au tribunal. Si plusieurs sociétés se forment en même temps et dans le même district, on comprend quel temps mettra la chambre de commerce à envoyer son avis au tribunal. De là des retards, c'est un premier défaut du système que nous commentons.

Nous avons dit, que le rôle de la chambre de commerce était très important, son avis sera d'un grand poids près du tribunal. Souvent peut-être, selon que cet avis sera ou non favorable à la constitution de la

société, le tribunal accordera ou refusera l'autorisation.

327. Le tribunal de commerce ayant reçu l'avis de la chambre commerciale, aura, d'après la loi, d'autres vérifications à faire. Il devra examiner avec soin si les conditions imposées par la loi ont été remplies par ceux qui veulent constituer une société anonyme. C'est seulement après toutes ces constatations, qu'il fixera le jour où se débattrà l'affaire, car nous allons voir tout de suite, qu'il s'agit en somme d'un litige à trancher.

Nous avons vu en nous occupant de la loi italienne, que c'était par voie gracieuse que le tribunal civil devait donner l'autorisation, qui, dans l'article 91 ne porte pas ce nom. En Roumanie c'est par voie contentieuse, que la société anonyme devra être autorisée. « *In camera di consiglio*, » dit la loi italienne; *en séance publique*, dit le Code roumain; cette différence qui paraît considérable, se réduit au fond à peu de chose.

328. Le jour fixé pour les débats, on entend tous les intéressés; le ministère public donne ses conclusions. Les débats achevés, le tribunal peut rendre trois sortes de décisions : 1° un jugement d'autorisation; 2° un jugement de refus; 3° un jugement d'ajournement, indiquant les modifications devant être introduites dans les statuts.

La société, si le jugement l'autorise, a une constitution légale et peut fonctionner, à moins que le ministère public n'interjette appel et, dans ce cas tout est suspendu jusqu'à ce que la cour ait statué.

Quand la décision du tribunal refuse l'autorisation, les fondateurs ont deux partis à leur disposition : ou

bien se soumettre à la décision du tribunal et abandonner l'affaire, ou bien interjeter appel de la décision des premiers juges. Quand le tribunal n'a ni accordé ni refusé l'autorisation, mais a rendu un jugement d'ajournement, sous prétexte que les statuts doivent subir quelques modifications, les fondateurs de la société peuvent, ou bien procéder à ces changements, ou bien s'ils veulent conserver les statuts, interjeter appel de la décision.

D'après ce que nous venons de voir, la procédure d'autorisation des sociétés anonymes est la même que celle des affaires ordinaires. Notons deux différences, l'une concernant le délai d'appel, l'autre relative au recours en cassation qui n'est pas permis.

« La décision du tribunal — dit l'article 138 — est soumise à l'appel dans le délai de quinzaine à partir du jour où elle a été rendue.

« Le droit d'interjeter appel appartient aussi au ministère public. »

« La cour rendra son arrêt, qui ne sera susceptible d'aucun recours, dans un délai qui ne pourra excéder un mois à compter du jour de l'appel; elle entendra les représentants de la société et le ministère public dans ses conclusions. »

329. Le système de l'autorisation judiciaire tel qu'il est admis par le Code roumain, est sujet à critique plus que tout autre système. Le législateur roumain s'est peut-être cru obligé d'insérer dans la loi des règles mettant le public à l'abri des fraudes. Il n'a pas voulu remarquer que, la société anonyme est malgré tout une convention entre particuliers, et que, par conséquent, le législateur ne devait y intervenir qu'en res-

pectant la liberté qui régit les conventions; il a voulu protéger et dans ce désir de protection il a méconnu un grand principe de notre droit, la liberté des conventions.

On a beau dire, que les sociétés anonymes sont des conventions d'une nature particulière, qu'elles intéressent non seulement les particuliers mais encore l'État, il faut reconnaître pourtant qu'elles sont avant tout des conventions et qu'elles doivent, dès lors, être librement formées comme tous les contrats.

Nous ne nions pas leur grande importance et l'influence qu'elles peuvent exercer sur la richesse du pays où elles se constituent; mais à quel intérêt donne satisfaction le législateur en obligeant les associés à aller devant le tribunal plaider le procès de la société, alors que tout le monde est d'accord et qu'il n'y a aucun litige? A-t-il voulu par hasard, venir en aide aux associés qui ont souscrit? Mais ils n'en ont pas besoin; ils ont pu très bien savoir le but de la société, les hommes qui la constituaient, le capital dont elle entendait disposer, ils ont pu le savoir tant au jour de leur souscription que plus tard dans l'assemblée générale où a été votée la constitution de la société.

A-t-on voulu étendre la publicité des sociétés anonymes? Peut-être, mais la publicité telle qu'elle est organisée par la loi roumaine était suffisante. Du reste, la publicité n'est guère accrue : le public assiste rarement aux séances des tribunaux.

Cette tutelle judiciaire est donc inutile et ajoutons qu'elle est nuisible.

330. Quand nous avons parlé de l'autorisation préalable ou gouvernementale, abolie aujourd'hui partout,

nous lui avons reconnu deux défauts principaux : l'arbitraire et les retards qu'elle occasionnait. Le gouvernement autorisait ou non les sociétés anonymes selon son bon plaisir, et contre sa décision il n'y avait pas d'appel possible, on devait se contenter de protestations par la voie de la presse, moins efficaces alors qu'aujourd'hui. En outre, que de temps fallait-il pour obtenir réponse à une demande d'autorisation soumise à l'autorité administrative? la demande attendait son tour pendant des mois, sinon des années dans les bureaux connus par leur lenteur.

L'autorisation judiciaire, il faut l'avouer à la louange de la magistrature, n'est plus le résultat de l'arbitraire, mais elle est soumise à des retards. Ainsi qu'il arrive pour toutes les affaires contentieuses, il y a des lenteurs dans la constitution des sociétés anonymes, et si on compte le temps nécessaire pour la souscription du capital social, et pour la réunion de l'assemblée générale qui peut être ajournée plusieurs fois, si on y ajoute encore le temps que met la chambre de commerce à donner son avis, si on considère enfin le temps qu'il faudra à la justice (tribunal ou appel) pour accorder ou refuser l'autorisation, on voit aisément que c'est seulement après un temps assez long que la société pourra fonctionner.

Qu'on ne nous dise pas qu'une société anonyme ne peut se constituer en un jour, nous le savons, mais ce que nous demandons, c'est qu'elle soit constituée aussi rapidement que possible.

331. Il est facile de voir, combien le retard préjudicie à la société en formation. Supposons par exemple, que la société anonyme ait pour but la création d'une

industrie; si en peu de temps la société est autorisée, elle pourra acheter à bon marché les matières premières dont elle a besoin, prospérer plus vite, distribuer plus tôt des dividendes aux actionnaires et se débarrasser du service des intérêts; voilà ce qu'interdit le système roumain, les matières premières nécessaires à la société auront tout le temps de hausser dans des proportions considérables. C'est un grand défaut de notre loi; le législateur roumain n'en a pas aperçu les conséquences. Ne voit-on pas aussi, que les préliminaires étant très longs, les frais seront considérables?

332. Une autre critique à faire au système roumain, c'est d'être illogique. Le législateur roumain, croit-il que l'assemblée des actionnaires ait une certaine importance? pourquoi alors décider, que le tribunal de commerce peut annuler la délibération de l'assemblée par un refus d'autorisation; si l'on doit faire peu de cas d'une assemblée générale des actionnaires, pourquoi lui faire voter la constitution de la société? Il y a là un dilemme auquel le Code roumain est loin de répondre. D'après ce Code « lorsque les souscriptions auraient eu lieu et que le versement de trois dixièmes sera effectué, les fondateurs convoqueront l'assemblée générale » (V. art. 135); selon l'article 138 « la société ne pourra pas se constituer sans l'autorisation du tribunal commercial respectif, » et plus loin le même article 138 donne la faculté au tribunal « d'accorder ou de refuser l'autorisation qui lui serait demandée. »

Si l'assemblée générale est un rouage inutile, pourquoi l'insérer dans la loi, et si le législateur l'a crue importante, comme il paraît l'avoir pensé, pourquoi l'avoir soumise à l'autorité du tribunal de commerce?

Le Code roumain dit encore : l'assemblée générale sera convoquée, autrement la société ne pourrait pas se constituer ; il lui détermine le rôle que l'article 138 attribue au tribunal de commerce. Le même Code ajoute : quoique l'assemblée générale ait été convoquée et ait voté la constitution de la société, celle-ci n'aura une constitution légale que si le tribunal l'autorise. Ce double contrôle, est à notre avis inutile et il est illogique.

333. Nous allons plus loin, et nous prétendons que ces deux contrôles en fait, manqueront tout à fait d'efficacité. L'assemblée générale et le tribunal de commerce se rejeteront l'un sur l'autre la charge de la surveillance qui en définitive, sera superficielle. L'assemblée générale pensera que le tribunal de commerce plus éclairé, saura mieux découvrir la fraude, s'il en existe ; elle votera facilement la constitution de la société. Le premier contrôle sera peu sévère. Le tribunal, quoiqu'il puisse facilement être renseigné sur la solidité et l'honorabilité de l'entreprise, pensera que les actionnaires intéressés à la société, en votant sa fondation, ont su ce qu'ils faisaient : l'autorisation sera accordée après un examen de pure forme. Ainsi ces deux contrôles destinés à empêcher la fraude, ne feront peut-être que la favoriser. Voulant faire beaucoup on n'a rien fait⁽¹⁾.

(1) V. pour les autres conditions exigées pour la constitution des sociétés anonymes en Roumanie, ce que nous avons dit sur le même sujet en Italie, p. 351 et suiv.

III. — LA SUISSE.

334. La République fédérale formée de la réunion de plusieurs cantons, sentait depuis longtemps le besoin d'une législation unique. Chaque canton suisse avait conservé jusqu'en 1881 ses lois particulières tant civiles que commerciales. De cette diversité de législations, résultait des difficultés d'application, et nombreux inconvénients. On avait beau dire que chaque canton étant autonome, devait avoir ses lois spéciales, il n'était pas moins vrai qu'en vertu de la constitution fédérale, cette autonomie n'était pas absolue puisque pour les affaires les plus importantes, tous les cantons reconnaissaient la supériorité du conseil fédéral.

La multiplicité des lois créait une situation fâcheuse, surtout en matière commerciale. Maintenant qu'il serait si désirable que les lois commerciales des divers pays, fussent les mêmes dans l'intérêt du commerce, la coexistence de plusieurs lois différentes dans le même pays paraîtrait bizarre. Aussi dès 1862, la Suisse chercha à unifier sa législation commerciale. Mais, par suite des diverses difficultés dans les détails desquelles nous n'avons pas à entrer, ce ne fut qu'en 1881 qu'on promulgua deux lois très importantes destinées à régir la Suisse entière : la loi fédérale sur la capacité civile du 22 juin 1881 et le Code fédéral des obligations du 14 juin 1881.

Il faut reconnaître, à l'honneur de la République Helvétique, que son Code des obligations contient des dispositions neuves inspirées par les progrès de la science du droit, et mieux combinées que dans les autres législations étrangères.

CHAPITRE I.

LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES D'APRÈS LE CODE FÉDÉRAL.

335. L'association forme dans le Code fédéral, l'objet de six titres, l'un traite de la société civile, les autres de la société commerciale avec toutes ses variations.

Constatons, tout d'abord, une différence notable entre la définition de la société donnée par le Code français et celle donnée par le Code fédéral. L'article 524 s'exprime ainsi :

« La société est un contrat, par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun. »

De cette définition il ressort, que, d'après la loi suisse, il n'est pas besoin, pour former une société, de poursuivre un but pécuniaire ou un gain, il suffit d'un but commun. D'après Bluntschli, si plusieurs personnes s'associent pour composer en commun une pièce de théâtre ou une œuvre musicale, c'est une

société civile : chacun des associés s'obligeant à verser une contribution, peu importe que le but poursuivi ne soit pas d'ordre pécuniaire. Il y a encore société, quand plusieurs personnes entreprennent un voyage en commun ou s'associent pour une œuvre de bienfaisance ⁽¹⁾.

Au contraire, en France, un simple but commun ne tendant pas à un gain ou à un profit, ne rentre pas dans les termes de l'article 1832 du Code civil; et les personnes qui se sont groupées pour l'atteindre, ne sont pas considérées comme formant une société.

Mais laissons de côté ce qui a trait à la société civile, et occupons-nous des sociétés commerciales et en particulier de la société anonyme.

336. En Suisse, la société en commandite par actions se confond presque avec la société anonyme.

« La société anonyme ou société par actions — dit l'article 612 — est celle qui se forme sous une raison sociale n'énonçant pas les noms des associés, dont le capital déterminé à l'avance est divisé en actions, et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social, sans que les associés en soient tenus personnellement. »

L'article que nous venons de reproduire, ne fait pas de distinction entre une société en commandite par actions et une société anonyme; il englobe ces deux espèces de sociétés sous une même qualification : *société par actions*. La raison de ce rapprochement, nous est donnée par le message du conseil fédéral.

« A ce titre 26 — dit-il — la Novelle du droit allemand sur les actions a servi de modèle. On en a tou-

(1) V. MM. Schneider et Fick, *Commentaire du Code fédéral suisse*, p. 407, note 1.

tefois éliminé la partie consacrée aux sociétés en commandite par actions en tant qu'institution spéciale. La façon dont cette forme de commandite a pris naissance en France, explique sans la justifier, la situation particulière qui lui est faite dans le droit allemand. Notre Code, à l'exemple de la loi anglaise du 20 août 1867, la tient pour ce qu'elle est réellement, c'est-à-dire pour une simple modification de la société par actions proprement dite. Après avoir traité en détail ce sujet, notre Code spécifie à l'article 676, les traits qui distinguent la société en commandite par actions et dont le plus important consiste en ce que, les membres de la direction sont accessoirement responsables des dettes de la société qu'ils représentent. »

337. D'un autre côté, la réglementation des sociétés par actions, telle qu'elle est contenue dans le Code fédéral, ne s'applique pas à toutes les sociétés par actions quelles qu'elles soient. Il faut à ce propos, faire une distinction entre les sociétés par actions fondées par des particuliers, et les sociétés par actions fondées en vertu des lois cantonales spéciales. Cette distinction est faite par l'article 613 :

« Les dispositions qui suivent ne sont pas applicables — dit-il — aux établissements (banques, caisses d'assurance, etc.) qui sont fondés par des lois cantonales spéciales et administrés avec la participation d'autorités constituées, lorsque l'État se déclare subsidiairement responsable des dettes de la société; peu importe que le capital social ait été en tout ou en partie divisé en actions et fourni par des particuliers. »

Il faut observer, que cet article ne figurait dans aucun des projets qui avaient été élaborés. Tous ces

projets n'établissaient aucune différence entre les sociétés par actions constituées par des particuliers et les sociétés par actions fondées par des lois cantonales. Pendant le cours des débats à l'assemblée fédérale, un des membres de cette assemblée, M. le Dr S. Kaiser, demanda qu'on insérât dans le Code une distinction entre les sociétés par actions créées par des lois cantonales et fondées avec le concours de l'État et toutes les autres sociétés par actions. Il motivait sa proposition, en faisant observer que la France et la Belgique avaient dû faire après coup une loi spéciale en vue des sociétés de la première espèce. La proposition du Dr Kaiser ne fut adoptée qu'avec des modifications.

D'après le texte définitif de la loi, les sociétés fondées par des lois cantonales et dont les dettes seraient garanties par l'État, seront exemptes des règles posées par la loi. Les sociétés par actions ainsi dispensées de l'observation du Code fédéral, seront régies par les lois cantonales spéciales qui les fondent.

En résumé, pour que l'article 613 trouve son application, trois conditions sont nécessaires :

1° Que l'établissement soit fondé par une loi cantonale spéciale ;

2° Qu'il soit administré avec le concours des pouvoirs publics ;

3° Que l'État en ait garanti les dettes (1).

338. En Suisse, comme du reste dans presque tous les pays, la société anonyme fondée par des particuliers, n'est pas assujettie à l'autorisation gouvernementale. On a cru qu'une bonne réglementation pouvait

(1) V. Schneider et Fick, *op. cit.*, p. 472.

remplacer avec avantage la tutelle du gouvernement, et qu'au lieu des garanties que présentait l'autorisation de l'État, toujours illusoires, il valait mieux soumettre les membres actifs à une responsabilité personnelle plus étendue, et donner la plus complète publicité à l'organisation de la société⁽¹⁾. Aussi, le législateur suisse n'eut pas un instant la pensée d'introduire dans le Code l'autorisation préalable, dont presque tous les pays étaient débarrassés.

339. En ce qui concerne le nombre d'associés nécessaire à la fondation de la société, il n'existe pas dans le Code fédéral d'article exigeant un nombre déterminé d'associés.

Les auteurs, cependant, soutiennent le contraire en se fondant sur les articles 640, 649 et 655. L'article 640 veut que, les assemblées générales comptent au moins cinq actionnaires ayant droit de vote, en dehors du conseil d'administration, qui peut n'être composé, d'après les articles 649 et 655, que d'un seul membre. Il faut donc, d'après ces trois articles, au moins six actionnaires pour constituer une société anonyme⁽²⁾. Un autre commentateur du Code fédéral Haberstick, croit que le Code exige seulement trois actionnaires, pour la fondation d'une société par actions⁽³⁾.

340. *Le capital social.* — Il faut que le capital social soit intégralement souscrit et que le cinquième de chaque action soit versé; voilà ce que nous trouvons dans l'article 618 du Code.

Pour la souscription intégrale du capital, il n'y a

(1) V. projet Brunner.

(2) V. Schneider et Fick, *op. cit.*, *loc. cit.*

(3) V. dans le même sens de Muralt, *op. cit.*, p. 44, note 3.

rien à dire, sinon que c'est une des conditions qui figurent dans toutes les législations. Pour le versement initial, il doit être du cinquième, soit 20 0/0. Les projets de MM. Munzinger et de M. Fick proposaient 10 0/0; ce dernier taux a été trouvé trop faible par le conseil fédéral qui a imité le Code allemand (Nouvelle de 1870) en exigeant 20 0/0.

341. Le capital social étant divisé en actions, on veut, dans certains pays, que ces actions ne soient pas d'une valeur nominale inférieure à un certain chiffre. Quel est en Suisse le système adopté?

« Les actions peuvent être au porteur ou nominatives; elles sont indivisibles. — La valeur nominale des actions ne peut être ni diminuée ni augmentée pendant la durée de la société si cette modification doit influencer sur la valeur nominale du capital actions; sauf les dispositions de l'article 670 (art. 614). »

De tout ceci il résulte, qu'il n'y a pas de chiffre minimum fixé dans la loi, on l'a écarté à dessein. Une proposition fut faite à l'assemblée de fixer un chiffre minimum pour la valeur nominale des actions; on invoquait le système allemand (art. 207 a) qui a pour but de décourager les petits capitalistes, et de les détourner des actions qui, réduites à un chiffre dérisoire, ressemblent à des billets de loterie. Ces raisons ne parurent pas décisives à l'assemblée fédérale; elle estima que la spéculation s'attachait plutôt aux actions d'un chiffre élevé; et la proposition de fixer un taux minimum fut écartée.

342. « *Les actions sont indivisibles,* » cette expression nous l'avons trouvée aussi dans la loi allemande (*die aktien sind untheilbar*) sans en avoir précisé le sens.

Une action est indivisible, non pas parce que les sociétés ne pourraient diviser les actions émises en parts d'actions et les mettre en circulation ainsi fractionnées (cela est permis), mais parce que, d'après Makover, Schneider et Fick, il est défendu aux possesseurs d'actions de les vendre par fractions. On comprend sans peine l'utilité d'une pareille défense.

343. « Les souscriptions des actions ne sont valablement faites — dit l'article 615 — que par une déclaration écrite se référant aux statuts. » C'est le même système qu'en Italie. Il faut, quand on souscrit, prouver qu'on connaît les statuts, cette preuve ne s'obtient que par l'aveu du souscripteur.

Un autre article de la loi suisse relatif aux souscriptions, contient deux dispositions dont l'une est inutile et l'autre est neuve. Il est dit dans l'article 617 alinéa 1, que : « toute souscription d'action est faite sous la condition tacite que la société anonyme sera effectivement constituée. » C'était si naturel que la loi aurait pu ne pas le dire. D'autre part, dans les législations française, belge, allemande, italienne, rien de pareil n'y est inséré, pourtant on est d'accord pour soutenir que dans ces pays la souscription est faite, sous la condition tacite que la société sera constituée.

Dans aucun pays, nous n'avons constaté la permission de souscrire sous d'autres conditions, que celle dont nous venons de parler. En Suisse, voici ce que nous trouvons : « Si une souscription d'action — dit l'article 617 alinéa 2 — est subordonnée à une autre condition quelconque, il ne peut en être tenu compte lors de la constatation du capital social, qu'autant qu'elle est couverte par une autre souscription faite

éventuellement pour le cas où la condition ne s'accomplirait pas. »

Ainsi, la loi suisse ne favorise pas l'incomplète souscription du capital social, car elle exige pour la validité de la souscription conditionnelle, qu'elle soit faite sous deux conditions inverses, si la condition s'accomplit, si elle ne s'accomplit pas; de sorte que, de ces deux souscriptions conditionnelles, sortira à un moment donné une seule souscription pure et simple.

344. Après avoir vu les règles posées par le Code fédéral suisse sur le capital social en numéraire, examinons brièvement les dispositions relatives aux *apports en nature* et aux avantages particuliers; l'article 619 s'y réfère.

« Lorsqu'un actionnaire fait un rapport ne consistant pas en argent, ou lorsque la société projetée doit prendre à sa charge certains établissements ou certains immeubles, les statuts doivent indiquer exactement le prix de chaque apport et le nombre des actions données en paiement. Tout avantage particulier en faveur d'un actionnaire ou d'une autre personne ayant participé à la fondation de la société doit être indiqué dans les statuts, qui sur ce point doivent être approuvés par une décision prise à la majorité dans une assemblée générale convoquée après la souscription du capital social. Chaque souscripteur d'action présent ou dûment représenté n'a dans cette assemblée qu'une voix. — La majorité doit être formée du quart au moins des actionnaires, et représenter au moins le quart du capital social. L'associé dont l'apport ou les avantages sont en discussion n'a pas le droit de voter. — La décision

doit faire l'objet d'un acte authentique, ou signé de tous ceux qui y ont adhéré. »

Cet article ainsi que beaucoup d'autres, est d'importation allemande; il copie presque textuellement le système de vérification des apports en nature et des avantages particuliers, tel qu'il fonctionnait en Allemagne sous la Nouvelle de 1870.

Ce système n'est plus en vigueur en Allemagne où il a été remplacé par une législation plus rigoureuse; ce changement fut opéré par la loi de 1884. Nous pensons que l'ancien système allemand qui est aujourd'hui le système suisse, est plus juste que celui de la loi de 1884, car il laisse plus d'autorité à l'assemblée des actionnaires, seuls intéressés au succès de l'entreprise.

345. L'article 619 veut, que les avantages particuliers faits aux fondateurs, ou à « une autre personne ayant participé à la fondation de la société, » soient déterminés dans les statuts. C'est une disposition que nous ne trouvons pas dans la Nouvelle de 1870 qui a servi de modèle à l'article 619. Cette addition a été faite, dit Makover, pour empêcher la violation de la loi par un vendeur fictif, qui pour échapper au contrôle se serait abstenu de prendre des actions.

346. Les souscripteurs n'ont pas tous un nombre égal d'actions; il y en a qui en possèdent un grand nombre; d'autres en ont moins, d'autres enfin n'ont qu'une action. Cette inégalité dans le nombre des actions amènerait peut-être à dire que chaque actionnaire aurait un nombre de voix dans l'assemblée générale proportionnel au nombre de ses actions. Il en est ainsi dans plusieurs pays, où le souscripteur de plusieurs actions peut avoir plusieurs voix à l'assemblée; tel est

l'article 27 de la loi française du 24 juillet 1867 qui dit que : « Tout actionnaire quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec le nombre de voix déterminé par les statuts, sans qu'il puisse être supérieur à dix. » Ainsi en France, un seul actionnaire peut avoir plusieurs voix sans pouvoir dépasser dix. L'article 164 du Code italien va encore plus loin, il ne fixe pas de maximum : « *Le azioni — dit-il — conferiscono ai loro possessori eguali diritti, se non è stabilito diversamente nell'atto costitutivo.* » D'après cet article, ce n'est que dans le cas où les statuts n'auraient rien dit, que les actionnaires auraient des droits égaux, dans le cas contraire les statuts pourraient confier aux actionnaires tel nombre de voix qu'ils jugeraient convenable.

La loi suisse est tout à fait contraire aux lois française et italienne : « Chaque souscripteur — dit-elle — n'a dans cette assemblée qu'une seule voix, » et on n'ajoute pas « à moins que les statuts ne décident le contraire. » Quel que soit le nombre de ses actions, le souscripteur n'aura qu'une seule voix dans l'assemblée de vérification. Pourquoi ? Cette disposition restrictive propre à l'assemblée de vérification, constitue une exception à l'article 640 qui consacre le vote proportionnel ; et cette exception n'a été introduite dans la loi que pour mettre obstacle à la prépondérance de quelques gros actionnaires, qui pourraient avec le vote proportionnel, réduire à néant l'influence des petits actionnaires leurs coassociés ⁽¹⁾.

347. Les statuts. — Faut-il qu'une bonne loi sur

(1) V. Schneider et Fick, *op. cit.*, p. 478.

les sociétés contienne un modèle de statuts? On doit se poser la question, toutes les fois qu'on voit dans une loi des articles énonçant ce que les statuts doivent contenir. Est-il bon que les fondateurs trouvent un modèle dans la loi? On pense avec raison qu'on doit laisser le soin de la confection des statuts aux fondateurs. Il s'agit là de choses qui, comme tout ce qui a trait aux sociétés, intéresse seulement les particuliers; de plus, si on insérait dans la loi des modèles de statuts, fussent-ils nombreux et variés, comme le dit très bien M. de Muralt, ils ne suffiraient pas à toutes les exigences. Aussi croyons-nous, il faut laisser la charge de la rédaction des statuts aux fondateurs de la société, qui l'adapteront à la nature et aux besoins de l'entreprise; et toutes les combinaisons doivent être permises, pourvu qu'elles ne renferment aucune disposition contraire à l'ordre public ou en désaccord avec la nature de la société, ou nuisibles aux tiers ⁽¹⁾.

348. Renaud, l'auteur allemand bien connu, voudrait que les statuts continssent nécessairement les articles constitutionnels, qui, selon son opinion, sont au nombre de quatre :

- 1° Le nom de la société ;
- 2° L'objet de l'entreprise ;
- 3° Le montant du capital social et de chaque action ;
- 4° La composition des organes sociaux ⁽²⁾.

Toutes ces indications ne sont pas d'une nécessité absolue; nous n'en voulons pour preuve, que les lois française et belge qui ne les exigent pas. Il n'est pas

(1) V. de Muralt, *op. cit.*, p. 54.

(2) V. A. Renaud, *Das Recht der Aktiengesellschaften*.

moins vrai pourtant, qu'elles sont strictement exigées en Allemagne, Italie et Suisse.

En Suisse, non seulement les dispositions des statuts — comme le dit l'article 615 — doivent être constatées par un acte authentique, mais encore elles doivent déterminer nettement les indications contenues dans l'article 616 et qui sont :

- « 1° La raison sociale et le siège de la société;
- « 2° L'objet de l'entreprise;
- « 3° La durée de l'entreprise si elle est restreinte à un temps déterminé;
- « 4° Le montant du capital social et de chaque action;
- « 5° La nature des actions au porteur ou nominatives, leur nombre s'il est fixé; leur mode de conversion s'il y en a;
- « 6° Les organes chargés de l'administration et du contrôle;
- « 7° Le nombre des actions que les membres de l'administration sont tenus de déposer;
- « 8° Les dispositions relatives à la convocation de l'assemblée générale, au droit de vote des actionnaires et au droit de délibérer.
- « 9° Les questions qui ne peuvent être tranchées par la simple majorité des actionnaires présents, mais par une majorité plus forte, ou sous d'autres conditions;
- « 10° Le mode d'établissement du bilan, ainsi que les règles prescrites pour calculer et distribuer les bénéfices;
- « 11° La forme à suivre pour les publications émanant de la société. »

Cet article qui est la reproduction de l'article 209

du Code de commerce allemand, malgré sa longueur est incomplet, car il n'exige pas; ainsi que le remarque M. de Muralt, l'indication détaillée des apports, acquêts et avantages qui doit cependant figurer dans les statuts; la nécessité d'une pareille indication est incontestable, car elle est formellement exigée par l'article 619.

Il faut reconnaître, sans entrer dans ces détails, que la législation fédérale en ce qui concerne les statuts, est critiquable; l'énumération des indications qu'elle exige est d'une inutilité manifeste, et elle donne lieu à des controverses sur le point de savoir si toutes les indications ont la même importance, ou s'il y en a de plus importantes que les autres.

349. Sur l'*assemblée des actionnaires*, nous ne trouvons rien de particulier dans l'article 618 qui en traite. On s'est contenté de copier l'article 209 *a* de la Nouvelle de 1870 :

« Après la clôture de la souscription une assemblée générale des actionnaires doit, au vu des pièces justificatives qui lui sont soumises, constater par une décision, que le capital social a été intégralement souscrit et que le cinquième au moins de chaque action a été versé; sauf, au cas où les statuts ont reçu la signature de tous les actionnaires affirmant que ces conditions ont été remplies. Cette délibération doit faire l'objet d'un acte authentique, ou être signée par tous ceux qui y ont pris part. »

350. *L'inscription au tribunal de commerce.* — Après l'accomplissement de toutes ces formalités et après le vote par l'assemblée générale de la constitution de la société, la loi suisse veut, comme la loi allemande, qu'elle soit inscrite au tribunal de commerce. Les ar-

tibles 621 et 622 nous font savoir par quels moyens; ils indiquent de quelles pièces la demande d'inscription doit être accompagnée. Disons-le tout de suite, l'original ou une copie dûment certifiée des statuts est remis au préposé au registre de commerce qui fait l'inscription. Makover veut, pour se conformer à l'esprit de la loi, que les statuts soient transcrits en entier sur le registre ⁽¹⁾.

Pour que cette inscription ou cette transcription ait lieu, il faut en avoir formé la demande signée par tous les associés en présence du fonctionnaire préposé au registre; si tous les associés ne peuvent venir signer en présence du préposé, il faut au moins qu'ils signent et leur signature devra en outre être légalisée. Les pièces devant accompagner la demande, doivent faire connaître au fonctionnaire préposé, que le capital social a été intégralement souscrit, que le versement du cinquième sur chaque action a été effectivement versé, que les administrateurs et surveillants ont été nommés, que l'assemblée générale a conclu à la constitution de la société, et qu'on a vérifié les apports en nature et les avantages particuliers.

On a copié, nous le voyons, la législation allemande. Ajoutons que le *Registerichter* suisse s'il n'obtenait pas tous ces renseignements et ne recevait pas les pièces indiquées par la loi, devrait refuser l'inscription demandée. Mais il a un rôle moins important que le *Registerichter* allemand. Ce dernier procède à un examen bien plus minutieux et sa compétence est plus grande que celle du fonctionnaire suisse. Pourquoi

(1) V. *Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch mit commentar.*

cette différence? C'est qu'en Suisse, le registre est tenu par un simple fonctionnaire auquel on n'a pu conférer de pouvoirs très étendus; tandis qu'en Allemagne, le *Registerichter* est un juge délégué chargé de veiller à l'observation stricte de la loi, il se livre à une enquête qui n'est pas de pure forme et il prend une part active en quelque sorte, aux opérations de fondation ⁽¹⁾.

351. Le refus du fonctionnaire préposé à consentir à l'inscription, rendra applicable à la société l'article 623 du Code fédéral. Cet article très rigoureux, s'exprime comme il suit :

« La société anonyme n'acquiert la personnalité civile, que par l'inscription sur le registre du commerce. Les actions émises avant cette inscription sont nulles. Ceux qui les ont émises sont solidairement responsables envers les porteurs de ces titres du dommage que l'émission leur a causé. — Ceux qui ont agi au nom de la société avant que l'inscription ait été opérée, sont personnellement et solidairement responsables. »

En résumé cet article veut dire, qu'à défaut d'inscription il n'y a pas de société, et ceux qui ont contracté au nom de la société avant qu'elle soit inscrite, sont censés traiter en leur propre nom, comme tels ils encourent une responsabilité indéfinie et solidaire. Par contre si l'inscription a eu lieu, la société est constituée au regard de tous, et l'article 625 lui accorde la personnalité juridique.

Ce n'est donc pas par la publication que la société se constitue vis-à-vis des tiers, c'est par l'inscription.

(1) V. M. de Muralt, *op. cit.*, p. 182.

Si la société a été inscrite, elle est valablement constituée au regard des tiers, même si elle n'a pas encore été publiée. Mais la publicité n'en est pas moins requise.

352. La publicité. — Les statuts seront publiés par extrait, dit l'article 621. L'extrait doit indiquer : 1° la date des statuts ; 2° la raison sociale et le siège de la société ; 3° l'objet et la durée de l'entreprise ; 4° le montant du capital social, la valeur de chaque action ; 5° la nature des actions soit nominatives soit au porteur ; 6° les formes à suivre pour les publications émanant de la société. Et si les statuts ont déterminé un procédé spécial dont useraient les administrateurs pour faire connaître leurs décisions et signer pour la société, cette disposition des statuts doit être aussi rendue publique.

Cette publicité se fait au moyen de la feuille officielle du commerce, où sont insérées toutes les indications contenues sur le registre des sociétés. D'autre part, le fonctionnaire préposé au registre, est chargé de veiller à la publicité et d'empêcher par une répression les retards dangereux.

L'article 864 fait connaître ceux qui doivent requérir l'inscription ; s'ils ne le font pas, le fonctionnaire préposé au registre a l'obligation de les condamner à une amende qui sera de 10 — 500 francs.

353. De la responsabilité. — « Ceux qui ont coopéré à la fondation d'une société anonyme — dit l'article 671 — sont responsables soit envers la société, soit envers chaque actionnaire ou créancier de la société du dommage qu'ils leur ont causé :

« 1° En formulant ou en répandant sciemment dans

les circulaires ou des prospectus des assertions mensongères ;

« 2° En concourant sciemment à dissimuler ou à déguiser dans les statuts des apports ou transmissions de biens, ou des avantages accordés à certains actionnaires ou à d'autres personnes contrairement à l'article 619 alinéa 1 ;

« 3° En contribuant sciemment à faire inscrire la société sur le registre de commerce, en vertu d'une attestation ou d'un acte contenant des assertions mensongères. »

La partie du Code fédéral qui traite de la responsabilité en matière de société anonyme, a échappé à l'influence de la Novelle de 1870, et on n'a pas copié cette Novelle par une raison bien simple, c'est qu'elle ne disait rien de la responsabilité des fondateurs. Ne subissant l'influence d'aucune législation étrangère, le législateur suisse a pensé qu'il valait mieux, ne pas énumérer dans la loi toutes les personnes qui pourraient être déclarées responsables et se contenter de l'expression large « ceux qui ont coopéré à la fondation d'une société anonyme. » Dans une énumération, si longue qu'elle fût, on aurait couru le risque d'oublier quelques personnes qui doivent être responsables. Donc, d'après la législation suisse, toute personne qui a causé un préjudice quelconque à la société, encourt une responsabilité; elle pèse par conséquent : sur les promoteurs ou fondateurs proprement dits, les souscripteurs qui sont de connivence avec eux, les actionnaires apporteurs, vendeurs, ceux qui ont reçu des avantages particuliers, les premiers administrateurs, les banques d'émission, les notaires, experts, avocats jusqu'au préposé

au registre de commerce, tous sans exception peuvent être rendus responsables en vertu de l'article 671 ⁽¹⁾.

Mais bien que cet article ne contienne aucune distinction entre les différentes personnes qu'il déclare responsables, il ne faut pas croire que toutes le soient au même degré. Car, « le juge — dit l'article 51 du Code fédéral — détermine d'après les circonstances et d'après la gravité de la faute, la nature et l'importance de l'indemnité qu'ils sont tenus de payer. » Ce sera au juge à discerner entre plusieurs personnes coupables, la faute de chacune d'elles et à les condamner en conséquence.

354. Que faut-il décider quant à la solidarité, doit-on dire que ces personnes, responsables d'après l'article 671, le sont solidairement? On s'est posé cette question à cause d'une particularité de rédaction de la loi. La rédaction française de la loi disait : « *Ceux qui ont coopéré à la fondation d'une société anonyme*; » la rédaction allemande a parlé au singulier : « *bei Gründung einer Aktiengesellschaft thätig war*. » On a vu dans cette variation de rédaction une dispense de solidarité, et on s'en est plaint. M. de Muralt fait observer avec beaucoup de raison, que la différence de rédaction est sans importance.

« Il est évident, dit cet auteur, que ceux qui ont causé ensemble un dommage sont solidairement tenus de le réparer (art. 60). Mais si on avait parlé de solidarité dans le premier alinéa de notre article, il y aurait des inconvénients graves. On aurait pu soutenir, qu'une solidarité existerait par exemple entre un banquier

(1) V. MM. de Muralt, *op. cit.*, p. 208, Schneider et Fick, *op. cit.*, p. 517.

qui a répandu des circulaires contenant des assertions qu'il savait mensongères sur la valeur d'un apport, et un actionnaire ou un tiers ignorant ces faits a reçu une gratification pour services rendus sans la faire approuver par l'assemblée; ce ne serait pas juste. Au contraire, l'article 60 suppose le cas d'un dommage identique résultant d'actes illicites de même nature, différant seulement par la gravité.

« On se contentera donc d'appliquer l'article 60. Pourront dès lors être condamnés solidairement : tous les signataires d'un prospectus contenant des assertions mensongères et ceux qui ont aidé à le répandre; pareillement, ceux qui ont concouru à déguiser dans les statuts des apports, acquêts ou avantages particuliers (art. 619). Mais ceux qui sont condamnés pour avoir répandu des prospectus mensongers, ne seront pas nécessairement obligés solidairement avec ceux qui se sont rendus coupables d'une violation de l'article 619.

« On voit, que l'absence du mot « solidairement » se justifie et ne doit pas être regrettée. »

355. Nous savons, d'après ce que nous venons de voir, quelles sont les personnes responsables; à qui profite cette responsabilité? Il est facile de répondre à cette question. Les principes de droit les plus élémentaires nous le disent : quand un préjudice a été commis, l'auteur en doit réparation à la victime; nous devons faire ici l'application de ce principe. — Dans une société anonyme, trois catégories de personnes peuvent avoir souffert un préjudice : 1° la société elle-même; 2° les actionnaires; 3° les créanciers de la société.

1° Pour la société elle-même, on a essayé de ne pas la comprendre parmi les personnes qui ont droit à une indemnité. A cet effet, on a dit, que la responsabilité envers la société ne saurait se concevoir juridiquement, car il s'agit au fond d'un délit commis au profit de la société et en son nom au préjudice des actionnaires ou des créanciers. Ce qu'on ne peut pas concevoir, croyons-nous, et nous ne sommes pas seul de cet avis, c'est que les délits ou quasi-délits commis par les fondateurs soient commis au nom de la société, car les fondateurs qui sont ses gérants d'affaires avant sa constitution, n'ont pas du tout pour mission de commettre de délits ou quasi-délits en son nom, la société ne pourrait en être déclarée responsable que si elle les ratifiait. Or, la société se gardera bien de les ratifier et les délits et quasi-délits resteront à la charge de leurs auteurs. Il faut donc décider que, la société pourra intenter une action contre les coupables, et cette action elle l'intentera, sauf disposition contraire des statuts, à la suite d'une décision conforme de l'assemblée générale. La société pourra libérer de toute responsabilité les personnes coupables ou transiger avec elles. Voilà croyons-nous, ce que le bon sens commande et ce que la législation suisse ne fait que confirmer.

356. 2° Les actionnaires. A propos du droit qu'ont les actionnaires d'agir contre les personnes ayant commis des fautes lors de la fondation de la société, se pose la question de savoir, si ce sont seulement les souscripteurs primitifs qui ont ce droit, si ce sont les acquéreurs postérieurs, ou si ce sont les uns et les autres. En d'autres termes, le souscripteur primitif cédant son action, cède-t-il en même temps le droit

qu'il avait d'être indemnisé du préjudice dont il a été victime, ou bien continue-t-il à conserver ce droit, quoiqu'il n'ait plus aucune action?

Soit par exemple, un souscripteur victime des manœuvres frauduleuses des fondateurs et ayant droit au remboursement intégral de son action s'il était encore actionnaire, il a cédé son action; si le cessionnaire l'a achetée au-dessous du pair, en exerçant l'action du chef de son auteur le vendeur, il touchera plus qu'il n'a payé; si au contraire le cessionnaire a acheté le titre au-dessus du pair, l'indemnité qu'il touchera ne le dédommagera pas intégralement.

Au premier abord il semble, que le cédant ne doive plus avoir droit à aucune indemnité, étant donné qu'il n'a plus l'action. C'est ce qui a été soutenu par Haberstisch ⁽¹⁾.

En France le contraire a été décidé ⁽²⁾. En Suisse, l'opinion qui prédomine est celle, qui laisse au juge le soin de savoir si le cédant a encore droit à une indemnité; et sans doute s'il a vendu ses titres avec bénéfice ou sans perte, il n'aura plus rien à réclamer. Ainsi les souscripteurs et les acquéreurs bénéficient à des titres divers de l'article 671, qu'ils aient conservé ou aliéné leurs actions ⁽³⁾. A une condition pourtant; qu'ils aient été de bonne foi en contractant.

357. L'assemblée générale peut libérer les fondateurs de leur responsabilité envers les actionnaires. Cette faculté est laissée à l'assemblée des actionnaires

(1) V. *Handbuch des Schweiz obligationenrechts*, II, p. 607.

(2) V. D. 73.1.333, arrêt Paris, 16 juillet 1869; Cass., 30 décembre 1872.

(3) V. M. de Muralt, *op. cit.*, p. 213.

par l'article 675 : « Lorsque par décision de l'assemblée générale — dit cet article — ceux qui pouvaient être poursuivis en dommages et intérêts en vertu des articles 671, 672 et 674 ont été libérés de cette responsabilité, cette décision n'est opposable à un actionnaire que s'il y a adhéré, n'a formé aucune opposition dans les six mois à compter du jour où il en a eu connaissance, ou a acheté ses actions postérieurement à la décision et en parfaite connaissance de cause. »

Donc l'assemblée générale peut à la majorité ordinaire ou à la majorité fixée par les statuts, décharger les fondateurs de toute responsabilité; mais sa décision ne lie que ceux des actionnaires qui l'ont votée, ceux qui n'ont pas pris part au vote ou qui ont voté le maintien de la responsabilité, peuvent poursuivre les fondateurs dans le délai de six mois. Ce délai court du jour où les actionnaires ont eu connaissance de la décision de l'assemblée générale.

358. Il se peut, qu'un acte illicite des fondateurs, ait porté préjudice à la société en même temps qu'aux actionnaires; dans ce cas la société et les actionnaires peuvent exercer une action, sous la seule restriction que, si la réparation du dommage causé à la société fait disparaître le préjudice subi par les actionnaires, l'action de la société sera seule admise. Supposons par exemple, que des fondateurs aient exagéré leurs apports et qu'ils soient condamnés à verser à la société un supplément; les actionnaires, s'ils n'ont pas aliéné leurs actions, n'auraient pas d'intérêt à agir contre les fondateurs apporteurs; la satisfaction donnée à la société doit leur suffire. Mais si les majorations de ces apports, ont nui au crédit de la société et si ces actions

ont baissé, si d'autre part, durant cette baisse, ceux qui avaient des actions les ont vendues, il est évident que la décision du tribunal condamnant les fondateurs apporteurs à verser à la société la différence entre la valeur réelle des apports et leur valeur déclarée, ne servirait qu'à la société sans désintéresser les actionnaires qui ont aliéné leurs actions lorsqu'elles étaient dépréciées. Il faudra, que les apporteurs réparent le préjudice que leurs déclarations mensongères ont causé aux anciens actionnaires ⁽¹⁾.

359. 3° Les créanciers de la société. — « Les créanciers de la société — dit le même article 675 alinéa 2 — ne peuvent faire valoir les droits que leur confèrent ces mêmes articles, qu'après la mise en faillite de la société, à moins que leurs créances ne résultent de titres au porteur. »

Ce qui veut dire, que d'après cet article il faut distinguer deux catégories de créanciers de la société : les obligataires et les autres créanciers. Les premiers peuvent agir contre les fondateurs avant toute mise en faillite de la société, les derniers pour pouvoir agir, doivent d'abord faire déclarer la faillite de la société ou attendre que sa faillite soit déclarée. Dans tous les pays, on a accordé aux obligataires des droits plus étendus qu'aux créanciers ordinaires, mais c'est seulement en Suisse, qu'on leur a reconnu une telle faveur. Cette distinction est tout au moins curieuse, les créanciers ordinaires ont autant d'intérêt à agir contre les fondateurs, avant la faillite de la société, que les obligataires. Comment expliquer cette faveur accordée aux

(1) V. Haberstisch, *op. cit.*, p. 603; de Muralt, *op. cit.*, p. 216.

obligataires et refusée aux autres créanciers? les raisons qui justifient ce système, sont-elles décisives? A ces deux questions M. de Muralt, qui nous a été si précieux dans l'étude de la législation suisse, répond de la manière suivante :

« On a sans doute redouté la fréquence des actions en responsabilité qui discréditeraient la société autant que ses fondateurs, et permettraient à des gens épris de chicane de causer un tort considérable. Nous croyons cette crainte peu fondée, étant donnés la portée restreinte de l'article 671, et le pouvoir très étendu du juge d'apprécier selon les circonstances, le bien fondé de la demande.

« Du reste, si c'est réellement la crainte d'un trop grand nombre d'actions en responsabilité qui a motivé cette disposition, on conviendra qu'elle est bien insuffisante, puisque tous les créanciers au porteur échappent à son application : il fallait refuser l'action à tous les créanciers, ou l'accorder à tous; la demi-mesure ne se justifie pas.

« Cette restriction s'applique aussi, aux actions des créanciers contre les administrateurs et ceux qui sont chargés de la surveillance (art. 674), et là, elle se justifie puisque la société répond des actes de ses mandataires et fonctionnaires, conformément aux articles 160 et 115. Mais en ce qui concerne les fondateurs, la société n'étant nullement responsable de leurs délits et quasi-délits, les victimes n'ont de ce chef aucune action contre elle. On ne comprend donc pas pourquoi, elles doivent attendre la faillite de la société pour réclamer la réparation du dommage qui leur a été causé. »

Mais la loi est formelle quoiqu'elle ne se justifie pas, seuls les obligataires peuvent agir, lorsque la société continue d'exister; les autres créanciers pour que leur action soit efficace, doivent attendre que la société soit déclarée en faillite.

360. Les actions en responsabilité, sont des actions en dommages et intérêts et comme telles, sont soumises à la prescription de l'article 69 du Code fédéral, ainsi conçu :

« L'action en dommages et intérêts se prescrit par une année à partir du jour où la partie lésée a connu le dommage et le nom de la personne qui en est l'auteur, dans tous les cas, elle est éteinte au bout de dix ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit. »

361. A côté de la responsabilité civile, on a toujours l'habitude de placer la responsabilité pénale; en France, en Italie, en Allemagne, la responsabilité pénale des fondateurs tient une place importante dans la législation des sociétés. Rien de pareil en Suisse. Et pourtant le projet élaboré par le département de justice et de police (1879), contenait un article 688 ainsi conçu : « Les directeurs, les administrateurs et les membres du conseil de surveillance, ainsi que les personnes indiquées dans l'article 683 (l'actuel 671), peuvent en outre, dans les cas particulièrement graves et si la loi pénale ne prévoit pas une peine plus rigoureuse, être condamnés à une amende de 10,000 francs au maximum, laquelle, faute de paiement, se convertit en peine d'emprisonnement. »

On s'opposa à l'adoption de cet article, en disant qu'il était inconstitutionnel, parce qu'il empiétait sur

le droit pénal, qui n'était pas du ressort de la confédération ⁽¹⁾. A la suite de cette observation, l'article a été supprimé et aussi les personnes responsables n'auront à redouter que la responsabilité civile, la responsabilité pénale ne pouvant pas les atteindre.

CONCLUSION.

362. Nous avons étudié les conditions nécessaires à la constitution des sociétés anonymes dans différents pays. Cette étude, assez sommaire d'ailleurs, nous l'avons faite non pas tant pour constater les dispositions législatives des divers pays, que pour en tirer d'enseignements.

Les études comparatives ont une importance considérable; elles développent l'esprit, enseignent l'histoire contemporaine de toutes les nations et permettent de mieux juger et discuter les lois nationales. De ces études sont nées de nombreuses conventions internationales faites dans l'intérêt général; elles conduisent à l'unification de certains droits ⁽²⁾.

Pour les sociétés commerciales et en particulier pour les sociétés anonymes, les législations de différents pays sont pleines d'enseignements; l'une ne ressemble pas à l'autre, et chaque État a un système par-

(1) V. MM. Schneider et Fick, *op. cit.*, p. 520.

(2) V. M. Desjardins, Académie des sciences morales et politiques, séance du 8 septembre 1888.

ticulier se distinguant plus ou moins des autres. De leur examen il faut tirer une conclusion. Que sera-t-elle? sera-ce l'approbation entière de la législation d'un des États dont nous nous sommes occupés? sera-ce l'aveu qu'aucune législation ne nous offre le système qui, à notre avis, serait seul capable de bien régler les sociétés anonymes? Nous nous rangeons à cette dernière opinion que nous allons motiver.

363. Les sociétés anonymes ont effrayé — peut-être avec raison — tous les pays. Elles étaient tellement dénigrées, qu'on ne voyait en elles que le moyen commode de frauder. Fraude et société anonyme étaient synonymes. Les gouvernants d'autrefois s'en défiaient, aussi avaient-ils cherché le moyen d'empêcher, qu'on se servît des sociétés anonymes pour tromper le public. Ils n'ont pourtant jamais pensé à les supprimer; les services qu'elles rendaient étaient trop considérables, leur suppression aurait eu trop d'inconvénients, voilà pourquoi Vidari disait : *pensare a sopprimerle sarebbe una stoltezza*. Mais si on ne les a pas supprimées; on ne leur a pas laissé la liberté.

On les assimile à des mineurs, on a pensé qu'elles useraient mal de la liberté, on les a mises en tutelle. Rien n'a été plus funeste, que cette tutelle appelée autorisation préalable. Nous l'avons montré, le système était d'ailleurs illogique, on laissait aux sociétés anonymes la liberté de se constituer, pourvu qu'elles prissent la forme des sociétés en commandite par actions. On connaît assez les abus qui en résultèrent.

Toutes les lois qui suivirent le Code de 1807, ne furent que procédé de tâtonnement; enfin la loi du 24 juillet 1867 a compris, que seule la liberté régle-

mentée, pouvait, tout en facilitant le développement des sociétés anonymes, rendre moins fréquentes les fraudes. Ce qui nous fait dire avec M. Guillery, qu'en général les institutions commencent par le despotisme et par les complications pour finir par la liberté et la simplicité ⁽¹⁾. Il ne faudrait pas croire pourtant, qu'on soit arrivé à une liberté et à une simplicité complètes. Tout au contraire, dans certains pays une réglementation trop minutieuse, quoiqu'elle permette la constitution des sociétés, en empêche néanmoins le développement; dans certains États, on a créé une tutelle, qui n'a pas été mise aux mains du gouvernement, mais qui a les mêmes défauts et met également obstacle à la création des sociétés.

364. Par peur de la fraude dans aucun pays, le principe de la liberté des conventions n'a pas été respecté. Avec l'autorisation préalable, le bon vouloir du gouvernement décidant du sort de la société anonyme, le principe était tout à fait méconnu. Il n'est pas non plus respecté dans les pays où il y a l'autorisation judiciaire, que nous avons assimilée à quelques différences près, à l'autorisation préalable; il n'existe même pas dans les pays où ces sociétés sont soumises à une réglementation légale. Nous reconnaissons pourtant, qu'il est impossible de poser le principe d'une liberté absolue.

Sans doute, la société anonyme est avant tout une convention entre particuliers comme tout contrat, mais il est certain, qu'un intérêt supérieur demande de restreindre la liberté; disons seulement que cette res-

(1) V. *op. cit.*, p. 163.

triction ne doit être faite, que dans la mesure où elle est nécessaire.

Aucun pays n'a marché dans cette voie; partout, existe la conviction que les lois restrictives, compliquées et détaillées sont les meilleures pour empêcher la fraude. Nous sommes d'un avis contraire, et nous pensons que les lois restrictives et compliquées sont moins bien observées que les lois libérales et simples. Les lois libérales et simples ont l'avantage d'être scrupuleusement observées par les sociétés honnêtes, et mieux respectées par celles où la mauvaise foi joue le rôle prépondérant.

365. De tous les systèmes que nous avons passés en revue, celui que nous préférons, c'est le système belge, et celui qui s'en éloigne le plus, c'est le système roumain. Le premier tient grand compte de la volonté des actionnaires, le dernier n'en fait nul cas. Entrons dans quelques détails.

Pourquoi exiger dans une société de capitaux, un nombre fatal de membres? Pourquoi faut-il sept associés, comme en France et en Roumanie, pour fonder une société anonyme, alors que trois personnes peuvent présenter toutes les garanties d'honnêteté voulues et faire prospérer l'entreprise? Pourquoi trois ou même deux personnes d'accord sur le but à atteindre, jouissant d'un grand crédit, et possédant toutes les qualités désirables pour mener à une bonne fin l'entreprise, seraient-elles moins capables de fonder une société à responsabilité limitée, que sept personnes dont une seule peut-être a les qualités requises?

Dans une société anonyme tout se réduit à une question d'argent et si le capital social est souscrit, et que

le versement initial est fait, il ne faut plus exiger un nombre fatal d'associés. Deux ou trois personnes sont tout aussi aptes à fonder une société anonyme que cinq ou sept. On a objecté, ces deux ou trois personnes prendraient le parti de former une société anonyme, pour n'avoir à subir la responsabilité personnelle qui résulterait d'une société en nom collectif par exemple. Paul et Pierre veulent fonder une société anonyme dont ils seront les seuls membres, ils souscrivent le capital social annoncé, ils effectuent le versement initial, ils rendent publique leur association, ils proclament que leur responsabilité est limitée au capital annoncé, qu'y a-t-il d'irrégulier, d'illicite? faut-il quelque chose de plus dans une société où le public ne regarde que le capital social, le but de l'entreprise et l'honorabilité des fondateurs?

Pour nous, la nécessité d'un nombre fatal est inexplicable.

366. Toutes les législations que nous avons étudiées, imposent la souscription de tout le capital social. C'est à juste titre. Il est difficile de concevoir, que dans une société de capitaux, on ne soit pas certain d'avoir le capital annoncé et dont l'entreprise a besoin pour sa marche régulière.

On comprend aussi la nécessité d'un premier versement. Il facilite le commencement de la société, mais que doit-il être? Faut-il qu'il soit du quart, d'un vingtième, de trois dixièmes? Nous pensons qu'il doit être du quart du capital : de cette façon on n'éloigne pas les petits capitaux, et d'autre part la somme est assez grande pour faire présumer des souscripteurs sérieux.

367. Le capital social dans les sociétés par actions est, nous le savons, divisé en actions; faut-il exiger que l'action ait une valeur minima déterminée? En France, en Allemagne et en Roumanie, cette exigence existe, doit-on la maintenir ou la faire disparaître comme en Belgique et en Italie?

Nous connaissons les abus qui eurent lieu dans les pays où rien n'était dit sur le taux de l'action, mais ils se produisirent à une époque où l'on était peu habitué aux sociétés anonymes, et où par conséquent les gens de modeste fortune, pouvaient être facilement attirés par le taux assez bas des actions. En est-il de même aujourd'hui? Avant 1856, on avait raison de croire en France, qu'attirés par un gain éventuel et très aléatoire, les ouvriers et en général les gens peu aisés, pouvaient facilement être trompés en souscrivant à des sociétés dont les actions, vu leur taux très bas, étaient assimilées à bon droit aux billets de loterie. Aujourd'hui, grâce à un degré plus élevé d'instruction, grâce à l'habitude qu'on a de ces sortes d'associations, le public est plus apte à discerner les sociétés sérieuses.

Les ouvriers ne se laisseront pas attirer si facilement par les combinaisons de ceux qui veulent les tromper. Et ce ne sera qu'à la suite de longues réflexions, qu'ils se décideront à abandonner leurs économies aux sociétés anonymes. Ils se renseigneront sur les fondateurs de la société, sur le but de l'entreprise ainsi que sur ses ressources, et ce n'est qu'après avoir recueilli des renseignements favorables, qu'ils se décideront à souscrire. Nous ne croyons pas qu'un ouvrier se détermine à placer ses économies, qui représentent tant de journées de travail, dans une société qui offrirait

peu de chances de succès. Si le taux de l'action est trop bas, il s'en défiera et flairant un piège, il s'abstiendra et il évitera d'autant d'entrer dans une société qui ne présente pas assez de garanties, qu'il a à sa disposition d'autres institutions d'une sûreté absolue, où il peut sans inquiétude placer son argent. Faut-il du reste avoir une défiance complète en face des sociétés dont les actions seraient d'une très petite valeur? Il y a des sociétés qui tournent mal, bien que le taux des actions ne puisse être inférieur à un certain chiffre, faudrait-il pour cela les supprimer toutes? Une autre preuve que le taux de l'action est sans influence sur la solidité des sociétés anonymes, c'est que la Belgique et l'Italie laissent pleine liberté sur ce point aux fondateurs, et que personne ne se plaint de cette liberté.

Pourtant, dans les pays neufs, peu habitués aux sociétés anonymes et aux actions qu'elles émettent, il se pourrait que la fraude fût plus facile à commettre, si on laissait le taux des actions au bon vouloir des fondateurs. En fait cependant, l'habitant de ces pays est plus attaché à son argent qu'il cache soigneusement. Pour qu'il s'en dessaisisse, il lui faut la certitude que là, où il le placera, il sera en sûreté tout en rapportant un bon revenu. Le paysan roumain par exemple, se déterminera difficilement à prendre des actions d'une société. Il évitera peut-être d'être trompé, mais il doit renoncer en même temps aux gros dividendes.

Malgré tout, l'ignorance et l'appât du gain entraîneront parfois le paysan roumain à mal placer son argent; aussi nous pensons qu'en Roumanie, il a été prudent d'imposer aux fondateurs l'obligation de partager le capital social en actions ayant un certain

taux. En France, en Allemagne et en Italie, cette exigence se comprend moins.

368. Que faut-il décider pour les apports en nature et les avantages particuliers? Dans presque tous les pays, on a édicté des dispositions spéciales pour l'approbation de ces apports et de ces avantages. Partout, excepté en Belgique, on a craint la fraude que peuvent facilement commettre les fondateurs en exagérant l'estimation des choses qu'ils apportent, ou en s'attribuant un grand nombre d'actions comme avantages particuliers. Sous l'empire de cette crainte, on a organisé en France une procédure minutieuse, en Allemagne, on a confié à des réviseurs nommés par la chambre de commerce le contrôle des apports; pour la même raison, on a défendu en Italie et en Roumanie d'accorder des avantages particuliers qui dépassassent les prescriptions de la loi, et on a organisé la vérification et l'approbation des apports. Nous n'hésitons pas à dire que toutes ces procédures qui organisent le contrôle des apports en nature et des avantages particuliers, nous paraissent en contradiction manifeste avec le principe de liberté qui doit régir les conventions. Nous ne saurions trop le répéter, car la méconnaissance de ce principe sur un point particulier et sans nécessité, mettrait à néant le principe tout entier.

Il faudrait donc laisser à l'assemblée des souscripteurs, le soin et la complète liberté de décider ce qu'elle voudra. Les actionnaires ont pu voir dans le prospectus, et s'informer par tous les moyens de l'exacte valeur des meubles et immeubles mis en société; avec ces renseignements, ils arrivent à l'assemblée générale tout prêts à voter ou à refuser l'estimation qu'on

a donnée à ces biens. L'estimation leur paraît-elle exagérée, ils refuseront de la voter ou bien ils nommeront des experts qui procèdent à une vérification. Croient-ils, au contraire, que l'estimation telle qu'elle leur est présentée est raisonnable, ils l'approuveront, et si toutes les autres conditions ont été remplies, la société doit se trouver légalement fondée. Pourquoi le législateur exigerait-il une procédure longue et coûteuse, comme celle de la loi de 1867, dont l'assemblée générale ne pourrait se passer, sans risquer de prendre une décision nulle? Les intéressés ne sont-ils les meilleurs juges dans leurs propres affaires? Si l'on nous objecte que les actionnaires, sous l'influence des promesses fallacieuses des fondateurs, s'empresseront de voter les apports quoiqu'on ait exagéré leur valeur, nous répondrons, que la circonspection est devenue aussi très grande et qu'il est difficile de tromper la majorité d'une assemblée par de simples paroles. Et il est rare que l'assemblée des souscripteurs ne prenne pas l'initiative d'une expertise.

Pour ces motifs, nous croyons que l'assemblée des actionnaires doit être libre de prendre les mesures qu'elle veut pour vérifier les dires des apporteurs et des associés avantagés; c'est exclusivement à elle de voter la constitution de la société, et son vote ne doit être soumis à l'approbation d'aucune autorité.

369. Avec une publicité très grande et une responsabilité rigoureuse, nous pensons qu'on pourrait éviter les fraudes. Il est inutile d'indiquer, combien la publicité est importante et quels sont ses services. Sur ce point tout le monde est d'accord. Le système de publicité organisé par la loi belge, est simple et effi-

cace; il est supérieur aux autres systèmes étrangers.

370. La responsabilité des fondateurs doit être illimitée. Il faut que ceux qui prennent l'initiative de la société sachent bien à quoi les exposent leur mauvaise foi et leur négligence. Si l'on n'est pas capable de fonder une société anonyme, qu'on s'en abstienne soigneusement; mais si la société périlite par suite de l'incapacité des fondateurs, la loi doit mettre à leur charge tout le préjudice qu'ils causent, et s'il y a eu de leur part mauvaise foi, ils doivent encourir à côté de la responsabilité civile, la responsabilité pénale.

Nous maintenons aussi la nécessité de l'acte public; il rend plus rares les déclarations mensongères, atteste mieux la preuve de la société et augmente les moyens de publicité.

371. En résumé, nous exigerions pour la constitution légale d'une société anonyme, les conditions suivantes : acte authentique, souscription du capital intégral, versement du quart sur chaque action, assemblée générale avec les plus grands pouvoirs, publicité étendue et responsabilité rigoureuse des fondateurs. Supprimer l'une de ces conditions, ce serait proclamer la liberté absolue. Et peut-être serions-nous partisan de cette liberté, si elle pouvait mettre le public à l'abri des fraudes dont sont capables les fondateurs des sociétés.

Mais les sociétés anonymes n'étant plus soumises à aucune réglementation, pourraient-elles se développer sans être l'occasion d'un nombre considérable de fraudes? Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait supposer tous les individus qui composent une nation, ayant pleine conscience de leurs droits et de leurs devoirs.

Chez une telle nation, toutes les lois n'auraient aucune utilité, le pouvoir exécutif serait du superflu. Cette nation idéale, n'existe pas de nos jours et les lois ont encore leur utilité! Trouvera-t-on jamais, ce peuple parfait? nous ne pouvons pas le deviner, et voilà pourquoi on préférera longtemps à la liberté absolue des sociétés anonymes une liberté réglementée par la loi.

POSITIONS.

I. — PRISES DANS LA THÈSE.

1. Dans le legs *per vindicationem*, le légataire devenait propriétaire de la chose léguée immédiatement après l'addition d'hérédité faite par l'héritier.

2. Le legs *per præceptionem* pouvait, d'après la doctrine qui a prévalu, être fait même à un étranger.

3. La constitution de Justinien n'empêchait pas que l'hypothèque des légataires produisît les mêmes effets que toute hypothèque, et que les légataires pussent intenter l'action hypothécaire sans la diviser après le partage de la succession.

DROIT COMMERCIAL.

1. La fixation du nombre minimum des associés dans les sociétés anonymes, ne peut pas se justifier.

2. Lorsque le capital social est augmenté *durante societate* en vertu d'une clause des statuts et après le vote conforme de l'assemblée des actionnaires, on n'est pas tenu d'observer l'article 1 de la loi de 1867.

3. Le dernier alinéa de l'article 4 de la loi de 1867, ne s'applique pas, quand deux sociétés fusionnent.

4. L'autorisation judiciaire exigée en Roumanie pour la constitution des sociétés anonymes, rend le rôle de l'assemblée des actionnaires inutile ; en elle-même elle peut être inefficace.

II. — PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

DROIT ROMAIN.

1. A partir d'Auguste, le concubinat était une union, qui, quoique inférieure aux justes noces, produisait des effets civils.

2. A l'origine chez les Romains, le principe de la restitution de la dot était inconnu.

3. Le testament *calatis comitiis* n'était pas une loi.

4. La *querela inofficiosi testamenti*, n'appartenait pas aux enfants issus *ex concubinato*.

DROIT COMMERCIAL.

1. La provision appartient au porteur.

2. La négociabilité des actions d'une société, ne peut avoir lieu qu'après la constitution définitive de la société.

3. La prescription en faveur de l'associé liquidateur ou non liquidateur est de cinq ans.

4. En matière de faillite, les créances hypothécaires ou privilégiées ne sont pas soumises à la procédure de vérification et d'affirmation.

DROIT CIVIL.

1. Les enfants nés hors mariage de deux personnes qui ne pouvaient se marier ensemble pour cause de parenté ou d'alliance qu'en vertu d'une dispense, ne sont pas légitimés par le mariage subséquent de leurs pères et mères contracté avec dispense.

2. Les créanciers peuvent intenter l'action de l'article 1166, sans qu'ils aient besoin d'aucune subrogation judiciaire.

3. L'hypothèque légale de la femme mariée porte sur la part de la communauté afférente au mari.

4. La dot mobilière est aliénable.

DROIT CRIMINEL.

1. La cour d'assises peut en cas de contumace, accorder des circonstances atténuantes.

Paris, 1^{er} décembre 1888.

Vu par le Président de la Thèse,

CH. LYON-CAEN.

Vu et approuvé :

Le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION
